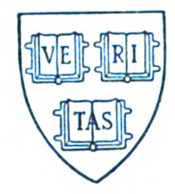

3 2044 103 208 146


VE RI TAS

Germany

Die

Korrealobligationen

im

römischen und im heutigen Recht.

Von

Dr. Julius Binder.

Leipzig.

A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.

(Georg Böhme).

1899.

Herrn Julius Wünsch,

Präsidenten des k. b. Landgerichts München I,

meinem lieben Paten,

in dankbarer Verehrung

gewidmet.

Vorwort.

Ein Buch über die Korrealobligationen in so später Stunde wird manchem überflüssig scheinen. Das begreiflicherweise heute im Vordergrund des Interesses stehende deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat den Streit über Korrealität und Solidarität für die Zukunft entschieden und zu kurz ist die dem gemeinen Recht noch beschiedene Lebensdauer, als dass der Frage, deren Lösung die Aufgabe des vorliegenden Buches bildet, noch eine erhebliche praktische Bedeutung zuerkannt werden dürfte.

Wenn ich dennoch dieses Buch dem juristischen Publikum vorlege, so geschieht dies nicht allein in der Meinung, dass die Wissenschaft des römischen Rechts immer noch eine Zukunft hat und dass seine zahlreichen Probleme noch ihre Lösung finden müssen und werden, sondern zum Teil wenigstens auch in der Befürchtung, es habe das bürgerliche Gesetzbuch seine Aufgabe in Bezug auf unseren Gegenstand weniger vollkommen gelöst, als man heute ziemlich einhellig anzunehmen geneigt ist. Wohl hatte der erste Entwurf die problematische Unterscheidung zwischen den Korreal- und den Solidarobligationen entschieden verworfen und sein „Gesamtschuldverhältnis“ mit strenger Konsequenz nach dem Recht der gemeinrechtlichen Solidarobligationen geregelt. Hätte die Materie in dieser Gestaltung die Gesetzeskraft erlangt, so wäre in der That der Streit für immer beendet gewesen. Aber unvermerkt hat die zweite Kommission der Ribbentropschen Lehre eine Hinterthür geöffnet. Indem der § 425 des Gesetzbuchs den verschiedenen Thatsachen je nach der Verschiedenheit des Schuldverhältnisses verschiedene Wirkung beilegt, lässt er die Annahme wesensungleicher Arten von Ge-

samtschuldverhältnissen zu. Man wird nicht fehlgehen, wenn man diese Neuerung auf die heftigen Angriffe zurückführt, welche Hartmann und andere Anhänger Ribbentrops gegen den ersten Entwurf gerichtet hatten. Und es ist wirklich schon der Versuch gemacht worden, die genannte Hinterthür ihrem Zweck entsprechend zu benützen.

Diese Bemerkung soll das Erscheinen des Buches nur rechtfertigen; veranlasst wurde es durch andere Erwägungen.

Zunächst reizte der Zustand der Lehre, die, so verworren und unbefriedigend wie keine andere, immer gebieterischer die endliche Lösung forderte, zu neuer Prüfung an; nicht minder aber auch die Materie selbst, die, mit den verschiedensten Fragen des Obligationenrechts im Zusammenhang stehend, aus diesem heraus Beleuchtung zu empfangen und zu gewähren geeignet ist. Seit mich daher meine Inauguralabhandlung dem Korrealitätsproblem in der Rechtskraftfrage näher geführt hatte, hat es mich — neben anderen Fragen — unausgesetzt beschäftigt. Insbesondere waren es zwei Bedenken, die sich bei mir immer wieder gegen die herrschende Lehre erhoben. Das eine ein dogmengeschichtliches. Der Kern der Lehre Ribbentrops bestand in der Entdeckung der Solidarobligationen, die er als Mehrheit von Obligationen der schon im älteren gemeinen Recht anerkannten Einheit der Korrealobligationen gegenüberstellte. Heute handelt es sich darum, im Gegensatz zu der Solidarität die Korrealität zu begründen; es ist also die ganze Grundlage, der prinzipielle Ausgangspunkt der Ribbentropschen Lehre ins Wanken geraten. Mehr noch. Wir können heute die Einheitstheorie als einen allgemein aufgegebenen Standpunkt bezeichnen; die communis opinio nimmt hier wie dort eine Mehrheit von Obligationen an. Aber niemand hat bemerkt, dass dadurch die Ribbentropsche Lehre noch fragwürdiger geworden ist, als sie von Anfang an war; denn wenn es nicht mehr die Unterscheidung zwischen der Obligationenmehrheit und -Einheit ist, was ist dann das die Korrealität von der Solidarität scheidende Moment? Das andere Bedenken ist ein praktisches; es war für mich immer das bedeutendere. Die römischen Juristen sollten eine Unterscheidung aufgestellt haben, welche sich nicht einmal in ihrer Sprache ausdrücken und die in Grund und Zweck jede praktische Rechtfertigung vermissen liess? Dass Sicherung und Bequemlichkeit der Rechtsverfolgung die praktische Grundlage für Korreal- wie für Solidarobligationen bilde, ist seit Savigny ein-

hellig anerkannt; keinem aber schien es unglaublich, dass die Römer, diese Praktiker im eminenten Sinn, in verschiedenen Fällen verschiedener und obendrein so gekünstelter Wege bedurft hätten, um dieses doch so einfache Ziel zu erreichen.

Diese Bedenken haben mich veranlasst, die heute nahezu unbestrittene Ribbentropsche Unterscheidung an der Hand der Quellen einer möglichst eingehenden Nachprüfung zu unterziehen. Es ist der eine Zweck dieses Buches, dem Leser Weg und Ziel meiner Untersuchungen vorzuführen, deren Ergebnis in der Bestätigung meiner Vermutung bestand, dass die Ribbentropsche Unterscheidung in keinem Stadium der Entwickelung des römischen Rechts begründet war. So neu und selbständig dieses Thema ist, so konnte — und musste ich leider — oft an Vorhandenes anknüpfen; überall aber darf ich, auch wo sich meine Anschauungen mit älteren decken, für mich die vollste Selbstständigkeit in Anspruch nehmen.

Mit diesem Ergebnis schien mir jedoch das gesteckte Ziel noch nicht erreicht. Man hat der Ribbentropschen Lehre nicht nur historische Bedeutung beigelegt; bis in die letzten Jahre ist, und zwar mit stets wachsender Entschiedenheit, ihre praktische Unentbehrlichkeit behauptet worden. Aber diese Ansicht ist mit der Ablehnung der Unterscheidung im römischen Recht nur teilweise erledigt. Es wäre nicht das erstemal, dass eine Irrlehre schaffend gewirkt hätte; ich brauche nur an die Früchte zu erinnern, die Carpzows Auffassung der Reallasten als servitutes in faciendo oder die Betrachtung der Rechte als „res“ incorpales in Bezug auf die Ersitzbarkeit von Rechten getragen hat. Es bleibt also immer noch die Frage: Hat nicht die neuere gemeinrechtliche Theorie und Praxis die Ribbentropsche Unterscheidung rezipiert? eine Frage, die mehr als einmal bejaht worden ist. Glaubte man doch in den wiederholt gemachten Versuchen, Ribbentrops Lehre in die modernen, in nachribbentropsche Kodifikationen hineinzutragen, den Beweis zu finden, dass sie innerlich notwendig und unentbehrlich sei, obwohl sie in Wahrheit nur Zeugnis für recht bedenkliche juristische Methoden waren; glaubte man doch aus einer Erscheinung im Gebiet des Code civil, die mit Ribbentrop in keinem inneren Zusammenhang steht, den Schluss ziehen zu dürfen, dass kein Gesetzgeber es wagen dürfe, die Unterscheidung von Korrealität und Solidarität zu ignorieren, ohne befürchten zu müssen, sie durch die Macht des Rechtslebens wieder hergestellt zu sehen!

Demgegenüber schien mir Veranlassung zu bestehen, die modernen Rechte, in welchen angeblich die innere Berechtigung, ja Notwendigkeit der Ribbentropschen Lehre zu Tage trat, darzustellen, um an ihnen den Nachweis zu erbringen, dass nicht praktische Gründe, sondern fehlerhafte Apriorіstik und gewaltsame Interpretationstechnik die Rezeption der Ribbentropschen Lehre in ihnen verschuldet haben. Auch die vergebliche Mühe, die sich unsere moderne gemeinrechtliche Praxis gab, um sich mit Ribbentrop auf dem Gebiet des modernen Rechtslebens abzufinden, schien mir ein wichtiges Glied in der Kette meiner Beweisführung bilden zu müssen.

Damit schien mir die Grundlage für die Beurteilung der Gestalt geschaffen, welche das Bürgerliche Gesetzbuch unserer Materie gegeben hat. Eine Unterscheidung, die weder ehedem noch heute wirklich Leben und Geltung besass, wird auch durch den § 425 nicht zum realen Dasein gelangen. Überdies versagt das Bürgerliche Gesetzbuch der in § 425 vorgesehenen Unterscheidung jedes Kriterium der praktischen Handhabung, so dass die fragliche Norm nur geringe Bedeutung haben dürfte.

Dieses Thema wird in zwei Teilen behandelt, von welchen der erste das römische, der zweite die wichtigsten modernen Rechte darstellen soll. Die Unterscheidung der aktiven und passiven Solidarobligationen veranlasst die Trennung des ersten Teils in zwei Abteilungen, welche in fünf Kapiteln Begriff, Fälle und Rechtssätze der römischen Solidarität behandeln.

Die beiden ersten Kapitel sind in Separatabdruck unter dem Titel „Begriff und Fälle der passiven Solidarobligationen im römischen Recht“ der Würzburger Juristenfakultät als Habilitationsschrift vorgelegt worden.

Würzburg, im September 1898.

Dr. Julius Binder.

Inhalt.

I. Teil.

Korrealität und Solidarität im römischen Recht.

I. Abteilung: Mehrheit der Schuldner.

I. Kapitel.

Begriff der Solidarität.

Seite

§ 1. Die Ausgangspunkte 1
§ 2. Die Identität der Leistung 28
§ 3. Korrealität? 49

II. Kapitel.

Fälle der Solidarität.

§ 4. I. Die paritätischen Solidarobligationen 74
§ 5. II. Die actiones adiectitiae qualitatis 117
§ 6. III. Accessorische Solidarobligationen 130
§ 7. IV. Das Kreditmandat 159

III. Kapitel.

Folgesätze des Solidaritätsbegriffes.

§ 8. I. Solutio. Datio in solutum. Teilleistung 164
§ 9. II. Acceptilatio 168
§ 10. III. Pactum de non petendo 184
§ 11. IV. Transactio und Receptum 196
§ 12. V. Eid 200
§ 13. VI. Novation 212
§ 14. VII. Kompensation 233



Seite

§ 15. VIII. Restitutio in integrum. Capitis deminutio. Confusio. Constitutum. Verjährung. Cession 238
§ 16. IX. Rechtskraft 251
§ 17. X. Mora und Culpa 263
§ 18. XI. Regress 279
§ 19. XII. Beneficium divisionis. Novella 99 294

IV. Kapitel.

Die Wirkung der Litiskontestation.

§ 20. Elektion oder Konsumption? 313
§ 21. Gesamtwirkung der Litiskontestation 330
§ 22. Das Ergebnis 393

II. Abteilung: Mehrheit der Gläubiger.

V. Kapitel.

§ 23. Duo rei stipulandi 407
§ 24. Begriff der aktiven Korrealität 431
§ 25. Die aktiven Solidarobligationen 444

II. Teil.

Die Korrealobligationen im modernen Recht.

VI. Kapitel.

§ 26. Vorbemerkung 483
§ 27. Die Korrealobligation vor Ribbentrop 484
§ 28. Das preussische allgemeine Landrecht 488
§ 29. Das österreichische Recht 494
§ 30. Das französische Recht 510
§ 31. Schweizerisches Recht 525
§ 32. Sächsisches Recht 536
§ 33. Neuere Fälle von Solidarität 537
§ 34. Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs 569
Quellenregister 598

I. Teil.

Korrealität und Solidarität im römischen Recht.

I. Abteilung: Mehrheit der Schuldner.

I. Kapitel.

Begriff der Solidarität.

§ 1.

Die Ausgangspunkte.

Eine Solidarobligation liegt nach der gewöhnlichen Definition dann vor, wenn mehrere Schuldner oder Gläubiger zur Leistung der nämlichen Summe oder Sache so verpflichtet oder berechtigt sind, dass jeder sie ganz fordern kann oder leisten muss, sie aber nur einmal geleistet werden soll, sodass mit der einmaligen Leistung die sämtlichen Verpflichtungen oder Berechtigungen erlöschen.[1]

Dass diese Solidarobligationen in „Korrealobligationen" und in „Solidarobligationen im engeren Sinn" einzuteilen sind, wird heute kaum[2]) bestritten: höchst unklar ist jedoch noch bis zur Stunde das dieser Zweiteilung zu Grunde liegende Prinzip und ihre praktische Bedeutung im römischen wie im gemeinen Rechte. Zum Teil wenigstens scheint uns diese Unklarheit auf die seit Kellers Entdeckung dieser Unterscheidung bis heute ausnahms-

---

1) Bruns in Holtzendorffs Encyklopädie 4. Aufl. S. 461 f. § 47; Windscheid, Pand. II § 292 Abs. III; Dernburg; Pand. II § 70 Z. 3; Arndts § 213, Vangerow III § 573 Anm. 1 Z. 3; Puchta Pand. § 233, Institut. II § 263 zu N. e.; Brinz, krit. Bl. IV S. 42; Landucci, le obbligazioni in solido p. 15 u. a. m.

2) P. van Wetter, Les obligations en droit Romain 1883, I p. 290 ff. § 54; Kohler, krit. Vierteljahrsschrift. N. F. Bd XI S. 211 ff.; Ascoli, sulle obbligazioni solidali Roma 1890.

los beliebte einseitige Behandlung der Grundfrage zurückgeführt werden zu müssen. Immer hat man sich mit der Korrealobligation beschäftigt; während über diese die Litteratur bis ins Ungemessene angewachsen ist,[3]) sind die Solidarobligationen nur im Vorübergehen betrachtet worden und den Gesamtbegriff der Solidarität hat man ebenfalls nur gelegentlich bei den Korrealobligationen, sonst nur mit wenig Worten in den Kompendien behandelt.

Diese Vernachlässigung der Solidarobligationen im engeren und weiteren Sinne erklärt sich daraus, dass sie schon in den römischen Quellen vernachlässigt sind, welche die Solidaritätstheorie ausschliesslich an den Korrealobligationen entwickelt haben. Freilich muss anderseits diese Behandlung um so mehr erstaunen machen, als Keller und Ribbentrop, genau betrachtet, nicht die Korreal- sondern vielmehr die Solidarobligationen im engeren Sinne entdeckt haben und es mithin ihre nächstliegende Aufgabe gewesen wäre, diese von jenen, nicht jene von diesen auszuscheiden. Aber ein anderes Moment liess die Wissenschaft den umgekehrten Weg einschlagen. Wenn man vor Keller und Ribbentrop von Korrealität und Einheit der Obligation sprach, so verstand man darunter die Solidarität und die Einfältigkeit der geschuldeten Leistung; Ribbentrop legte der Obligationeneinheit einen ganz neuen Sinn unter, indem er zwar darauf verzichtete, die Einheit der Korrealobligation zu begründen und zu beweisen, aber sie doch als das die Korrealität von der Solidarität scheidende Moment erklärte: die rechtliche Möglichkeit, etwas, was man nur einmal zu fordern hat, von mehreren Personen zu fordern, genügt ihm nicht, um das „strengere Verhältnis“ der Korrealität zu begründen.[4])

Die Erkenntnis, dass die Obligationeneinheit im Sinne Ribbentrops einer Erklärung und Rechtfertigung bedürfe, lenkte dann die Gelehrten auf den Punkt, den Ribbentrops berühmte Abhandlung offen gelassen hatte: Was denn als das entscheidende, die Einheit der Obligation bei der Korrealität begründende Moment anzusehen sei.[5]) So befasst sich denn fast unsere gesamte Litteratur über unseren Gegenstand mit der Korrealität, und mehr als mit den einzelnen Rechtssätzen mit dem Begriffe und, im bejahenden oder ablehnenden Sinne, mit der Einheitstheorie. Da-

---

[3]) Windscheid II § 292 N. *
[4]) Ribbentrop § 12 S. 84.
[5]) Vgl. Ribbentrop § 16 S. 106.

zu kam als weiteres Moment die untrennbare Verknüpfung dieses Problems mit dem der römischen Prozesskonsumption, von welchen das eine durch die Behandlung des anderen Förderung und Belebung erfahren musste. Und endlich war durch die Proklamierung der Einheit der Obligation trotz der Mehrheit ihrer Subjekte in ein zunächst historisches Problem ein Element hineingetragen, welches die damalige Zeit nur ungerne trotz aller geschichtlichen Forschungen und Entdeckungen vermisste, ein Element konstruktiver Aprioristik, welches der philosophischen oder naturrechtlichen Betrachtungsweise, die noch nicht ganz vergessen war, wieder unvermerkt die Thüre öffnete. So ward die Solidaritätstheorie zur Korrealitätslehre, bezüglich der „blossen Solidarobligationen“ glaubte man sich auf das argumentum e contrario beschränken zu dürfen.

Weniger verständlich ist die Vernachlässigung der Solidarobligationen im weiteren Sinne. Die Erkenntnis, dass die Korrealobligationen nur eine Spezies eines Rechtsinstitutes bilden, hätte den Dogmatiker veranlassen sollen, vor allem die diesem allgemeinen Institute gemeinsamen Rechtssätze festzustellen. Es würde dadurch auch die Behandlung der Korrealobligationen an positiver Begründung gewonnen haben.

Aber auch in dem engen Rahmen, in dem man die Solidarität behandelte, hat man sich von Einseitigkeit nicht frei gehalten. Ausgehend von der Vorstellung einer ursprünglich einfachen Obligation, mit einem Gläubiger und einem Schuldner, an deren Stelle dann mehrere Gläubiger und Schuldner treten, hat man sich zur Entwickelung des Solidaritätsbegriffes fast immer [6]) auf die Gegensätze der geteilten und der ungeteilten Haftung beschränkt. Und wenn auch nicht in Abrede gestellt werden kann, dass dieser Gegensatz für die Erkenntnis des Solidaritätsbegriffes von grosser Bedeutung ist, so hätte doch der andere Gegensatz von noch grösserer Bedeutung nicht unbeachtet bleiben dürfen, der sich, wie jener, aus dem Ausgangspunkt für die Bestimmung unseres Begriffes, dem „solidum“ ergibt: die mehrfache Obligation. Denn nicht das erschöpft den Begriff der Solidarität, dass mehrere das Nämliche ungeteilt zu leisten haben oder zu fordern berechtigt sind. Ihre Eigentümlichkeit, dass die mehreren Obligationen in einer inneren Verbindung unter

[6]) Nicht ausnahmslos: vgl. Arndts § 213; Dernburg II § 70; Keller, Pand. II § 243; namentlich aber Ryck, Schuldverhältnisse S. 82 und gegen ihn Eisele Archiv 77 S. 407 f.

einander stehen, welche bewirkt, dass durch die von einem Schuldner oder an einen Gläubiger bewirkte Leistung die sämtlichen solidarischen Verbindlichkeiten getilgt werden, gibt einen weiteren, für die Bestimmung des Solidaritätsbegriffes bedeutsamen Gegensatz an.[7])

Zu diesen beiden Gegensätzen gelangt man schon durch die römische Bezeichnung „Solidarobligationen". Wie das „solidum" einerseits das Ganze im Gegensatze zu den Teilen bezeichnet, so ist anderseits zugleich auch damit eine individuelle Einheit ausgedrückt; wenn mehrere eine Leistung ungeteilt schulden, so ist damit zugleich gesagt, dass es die nämliche Leistung ist, die den Gegenstand ihrer Verpflichtungen bildet.[8])

Aber was heisst: „die nämliche Leistung"?

Die Fälle, in denen mehrere Schuldner die nämliche Sache zu leisten haben, ohne dass Solidarität eintritt, belehren uns darüber, dass das „solidum" oder „idem", wie es anderwärts genannt wird, nicht in der den Gegenstand der Leistung bildenden Sache gefunden werden kann, sondern nur in der Leistung dieses Gegenstandes selbst, die den Gegenstand oder den Inhalt der Obligation bildet. Solidum ist der Gegenstand der Obligation, nicht der Leistung.

Mit dieser Frage haben wir uns zunächst zu beschäftigen: Wie kommt es, dass mehrere Obligationen die nämliche Leistung zum Gegenstand haben können? Scheint doch die Identität der Leistung mit einer Mehrheit der Schuldner ebensowenig verträglich zu sein, wie die Ribbentropsche Einheit der Obligation mit der Mehrheit ihrer subjektiven Beziehungen! Ist doch der Gegenstand der Obligation, das „dare facere oportere", ein Etwas, welches sich ohne ein berechtiges und ein verpflichtetes Subjekt gar nicht denken lässt. Und gewiss ist, dass es durch die Bestimmung dieser Subjekte gerade seine juristische Individualität erhält! Das „Titium dare facere oportere" ist ein anderes, als das „Sempronium dare facere oportere", sodass die Identität der Leistung gar nicht anders denkbar zu sein scheint, als unter der Voraussetzung der Identität der Subjekte, anderseits aber beim Mangel dieser Identität eine relative Identität nur durch die Identität des Leistungsgegenstandes, der geschuldeten Sache, gewonnen werden zu können scheint.

---

[7]) Auf einen dritten, für die römische Dogmatik wichtigen Gegensatz (Novation) werden wir weiter unten zu sprechen kommen.

[8]) Eisele freilich erkennt die Identität nur bei der Korrealität an.

Um die Beantwortung dieser Frage zu ermöglichen, müssen wir die Fälle, in denen trotz der Identität des Leistungsgegenstandes keine Solidarität vorliegt, einer kurzen Betrachtung unterziehen.

Der nächstliegende, oft behandelte Fall ist der des mehrfachen Verkaufs der nämlichen Sache. Die Tradition der Sache an den einen Käufer befreit den Verkäufer nicht von seiner Verpflichtung gegen den anderen.[9]) Es hat vielmehr jeder Käufer, unabhängig von dem anderen, gegen den Verkäufer den Anspruch auf die Tradition der Sache; ist dem einen tradiert, so hat der andere das Interesse anzusprechen. Dass der Leistungsgegenstand in beiden Obligationen der nämliche ist, kann nicht bezweifelt werden: trotzdem haben wir keine solidarische Verbindlichkeit.[10])

Ebenso ist der Fall denkbar, dass die nämliche Sache von einer Person mehrfach gekauft wird. Ich glaube zwar nicht, dass dieser Fall in den Quellen behandelt ist; man wird ihn aber unbedenklich geradeso entscheiden dürfen, wie den eben erwähnten. Die mehreren Verkäufer, von denen die nämliche Sache — etwa durch verschiedene Stellvertreter — gekauft wurde, sind unabhängig von einander zur Tradition verpflichtet; auch hier wird niemand annehmen wollen, dass durch die Tradition von seiten des einen der andere befreit würde und dass etwa seiner actio venditi auf Bezahlung des Kaufpreises die exceptio non adimpleti contractus nicht entgegenstände. So wenig im ersten

---

[9]) l. 21 D. de lege Corn. 48, 10; l. 21 D. de hered. vel act. vend. 18, 4; l. 6 C. eod. 4, 39. Ihering in seinen Jahrbüchern III S. 455; Oesterlein, der mehrfache Verkauf derselben Sache (Diss. Tübingen) 1883 S. 8; Martinius, der mehrfache Verkauf derselben Sache (Diss. Halle) 1873.

[10]) Nach dem Kaufabschluss trägt der Käufer die Gefahr. Geht daher nach mehrfachem Verkauf die Sache unter, bevor sie einem der Käufer tradiert wurde, so haben beide den Kaufpreis zu bezahlen und die Zahlung des einen befreit den anderen nicht. In der That sind die beiden Kaufpreise physisch und juristisch völlig verschieden, sodass nicht einmal Identität des Leistungsgegenstandes vorliegt. Es fehlt daher an jeder Voraussetzung zur Solidarität. Der Versuch Iherings (an dem in der vorigen Note angef. Orte), in diesem Falle auf dem Umwege der Schadenersatzforderung eine Solidarobligation zu konstruieren, scheitert an der wohl unangreifbaren Thatsache, dass der Gegenstand der actio venditi nicht Schadenersatz sondern Wertersatz, m. a. W. Kaufgeld ist. Dagegen scheint mir die Gewährung der exceptio doli (generalis) nach der Zahlung seitens des einen Käufers, auch wenn der Verkäufer bona fide war, unbedenklich. — Vgl. hierüber Oesterlein a. a. O. S. 60 ff.; Martinius S. 34 ff.; Dernburg, Pand. II § 96 N. 4; Windscheid II § 390 N. 7.

Falle eine aktive, liegt hier eine passive Solidarobligation vor.[11])

Besonderes Interesse gewährt ferner der in den Quellen behandelte Fall mehrerer Stipulationen und Promissionen des nämlichen Gegenstandes.

Man streitet bekanntlich darüber, ob zur Begründung der Korrealität die Einheit des in pr. J. h. t. 3, 16 geschilderten Stipulationsaktes erforderlich war.[12]) Aus allgemeinen Gründen wird man die Frage wenigstens für die aktive Korrealität bejahen müssen. Denn die Korrealstipulation bewirkt nicht nur Forderungsbegründung, wie jede andere Stipulation, sondern eine sehr einschneidende Forderungsbeschränkung: tritt zu dem einen Stipulanten ein zweiter, in solidum berechtigter, hinzu, der ja nach den Quellen so behandelt wird, als ob er allein stipuliert habe,[13]) so hat dies die Wirkung, dass er dem ersten Stipulanten die Realisierung seines Forderungsrechtes geradezu unmöglich machen kann. Begründung einer Solidarberechtigung durch verschiedene, also möglicherweise auch zeitlich getrennte Akte würde also den bisherigen Gläubiger gegen seinen Willen seines Forderungsrechtes wenigstens bedingt berauben. Dieses Bedenken besteht nicht, wenn die Stipulationen uno actu erfolgt sind; nur die Annahme der Begründung einer Solidarberechtigung durch getrennte Stipulationsakte würde eine merkwürdige Ausnahme von der Regel, dass nur der Gläubiger über seine Forderung verfügen kann, enthalten.[14])

---

[11]) Im Folgenden werden wir uns, soweit dies das Quellenmaterial erlaubt, auf die passiven Solidarobligationen beschränken.

[12]) Für die Notwendigkeit der Einheit des Aktes: Liebe, Stipulation S. 214 f.; Huschke in Lindes Zeitschrift N. F. IV S. 413 f.; Fritz eod. XVIII S. 363 ff.; Kuntze, die Obligation und die Singularsuccession S. 166 ff.; Czyhlarz Grünhuts Zeitschr. III S. 65 f.; Unger Iherings Jahrbb. XXII S. 280; Eisele Arch. f. d. civ. Pr. LXXVII S. 423 f.; Mitteis, Individualisierung der Obl. S. 103 f.; Bekker, Aktionen II S. 223; Steinlechner, die iuris communio I S. 121; Waldner, die korreale Solidarität S. 127; Weibel, Korrealobligationen (Diss. Zürich 1873) S. 80 ff.; Landucci, le obbligazioni in solido S. 35 ff. Dagegen: Ribbentrop S. 112; Fitting S. 87; Samhaber S. 84 N. 7; Girtanner, Stipulation S. 261; Buchka Einfluss des Prozesses I S. 104 ff. Savigny, Obligationenrecht I S. 149; unterscheidend (bei aktiver Korrealität unitas actus erforderlich, bei passiver nicht): Baron, Gesamtrechtsverhältnisse S. 254—256. Dagegen auch Kuntze, der Gesamtakt S. 68.

[13]) l. 31 § 1 D. de novat. 46, 2: . . . unumquemque perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest.

[14]) Baron S. 256.

Geringer ist das Bedenken bei der passiven Korrealobligation. Durch das Hinzutreten eines zweiten Schuldners wird der erste im allgemeinen nicht benachteiligt; er erlangt vielmehr insofern eine sehr beträchtliche Erleichterung seiner Haftung, als seine Obligation nunmehr einer ganzen Reihe von Tilgungsgründen unterliegt, welche andernfalls für ihn nicht vorhanden wären: altero solvente, convento, novante etc. alter liberatur. Eine einzige Schwierigkeit liegt in der gemeinrechtlich immer noch von der communis opinio vertretenen gegenseitigen Kulpahaftung.[15]) Denn gegenüber der Regel, dass jeder Schuldner nur seine culpa verantworten muss, bedeutet dies eine erhebliche Steigerung der Haftung; im Falle getrennter Promission würde daher eine Haftung für den ersten Schuldner begründet, die er gar nicht versprochen hatte.[16])

Man wird jedoch zugeben müssen, dass in diesem Bedenken ebensogut ein Argument gegen den vielbestrittenen Satz von der gegenseitigen Kulpahaftung liegen kann, wie gegen die Möglichkeit, Korrealität durch getrennte Promissionen zu begründen, und es wird sich daher in erster Linie darum handeln, wie die Quellen die Frage der Korrealstipulation und -Promission behandeln.

Da scheint es mir denn zunächst unmöglich, aus dem pr. J. de duobus reis 3, 16 etwas anderes herauszulesen, als die Notwendigkeit der Unitas actus:

> Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat „spondeo“. ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat „utrique vestrum dare spondeo“: nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt „Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?“ respondeant singuli separatim „spondeo“.

Wenn hier Baron für seine eklektische Ansicht bemerkt, dass das „alia atque alia erit obligatio“ nur bei dem Fall der Gläubigermehrheit gesagt ist, so scheint mir das kein hinreichendes Argument zu sein. Denn in dieser Stelle ist die Stipulationsformel für die duo rei promittendi genau so bestimmt angegeben, wie für die duo rei stipulandi („ita fiunt“), so dass das für die un-

---

[15]) Vgl. einstw. l. 18 D. h. t. 45, 2.

[16]) Czyhlarz a. a. O. S. 88.

richtige Korrealstipulation Gesagte auch arg. e contrario auf die Korrealpromission bezogen werden darf.

Dem widerspricht keinesfalls die l. 12 D. h. t. 45, 2:

> Venuleius libro II stipulationum: Si ex duobus, qui promissuri sint, hodie alter, alter postera die responderit, Proculus non esse duos reos ac ne obligatum quidem intellegi eum, qui postera die responderat, cum actor ad alia negotia discesserit vel promissor, licet peractis illis rebus responderit.

Denn die Stelle spricht nur von dem Falle, dass auf die gemeinsame Frage nicht, wie erforderlich wäre, die Antwort jedes Promittenten entweder sofort oder nach einem modicum intervallum temporis[17]) erfolgt, sondern dass die eine Antwort auf die an beide Promittenten gerichtete Frage sofort, die andere dagegen postera die gegeben wird, wodurch ja auch eine einfache verborum obligatio nicht zu stande kommt.[18])

Dagegen sprechen die Institutionen davon, dass überhaupt zwei getrennte Stipulationen mit besonderen Fragen und Antworten stattgefunden haben: Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat. Während daher im Falle der l. 12 cit. die zweite Promission deshalb ungültig ist, weil der Zusammenhang zwischen ihr und der Stipulation unterbrochen ist,[19]) ist im Falle des pr. J. h. t. nur keine Korrealität entstanden: alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse.[20])

Dass die l. 9 § 2 D. h. t.[21]) mit dem Erfordernis der Aktseinheit vereinbar ist, hat Czyhlarz gezeigt.[22]) Für die passive

---

[17]) l. 6 § 3 D. h. t. 45, 2.

[18]) l. 1 § 1; l. 137 pr. de V. O. 45, 1.

[19]) cum ad alia negotia discesserit.

[20]) Obligatio wird hier von Landucci S. 107 gleich stipulatio, also als Obligierungsakt verstanden. Mir scheint diese Annahme unbegründet, umso mehr als sie dem Verfasser der Stelle eine Tautologie unterschiebt. Für uns ist dies überdies belanglos.

[21]) Papinianus libro XXVII quaestionum: Cum duos reos promittendi facerem ex diversis locis, Capuae pecuniam dari stipulatus sim, ex persona cuiusque ratio proprii temporis habebitur: nam etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cuiusque persona propria singulorum consistit obligatio.

[22]) Grünhuts Zeitschr. III S. 66. Das „ex diversis locis“ ist nicht auf verschiedene Verpflichtungsorte, sondern auf Orte, von denen aus die Lieferung des promittierten Gegenstandes zu erfolgen hat; vgl. Weibel Korrealobl. S. 87 gegen Fitting S. 87 N. 101, der annimmt, dass die Stelle ganz entscheidend

Korrealobligation setzen Julian und Pomponius, für die aktive Gaius die Einheit des Aktes als erforderlich voraus,[23]) und Ulpian ist dem keineswegs entgegen, da er in l. 3 pr. h. t. nur von Antworten, welche der Zeit nach auseinander liegen, nicht von selbständigen Stipulationsakten handelt.[24]) Nicht minder setzt die l. 4 C. h. t. 8, 39 die Einheit des Verpflichtungsaktes voraus.[25]) Ferner ist die l. 29 D. de stipul. servor. 45, 3 zwar kein Beweis dafür, dass die in ihr beschriebene Stipulationsform notwendig war —

> Paulus libro LXXII ad edictum: Si communis servus sic stipulatus sit: „decem illi domino, eadem decem alteri dare spondes?" dicemus duos reos stipulandi.[26])

aber sie widerspricht auch nicht der Einheit des Aktes; und ebensowenig ist die l. 7 § 1 D. de auct. et consens. tutor. 26, 8 ein Beweis für die Zulässigkeit getrennter Akte.[27])

Indessen möchte eine Stelle Bedenken gegen die Notwendigkeit der Einheit des Begründungsaktes erregen. Sie ist auch schon für die verneinende Ansicht verwertet worden. Die l. 8 § 5 D. de novat. 46, 2 lautet:

> Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet, si hoc actum est: quid enim interest, ipsa an alius quilibet promittat? quod enim ego debeo si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat: si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur, non tamen si quis stipulatur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur: liberat autem

---

sei für die von Ribbentrop S. 114 ff. vertretene Ansicht, wonach im späteren klassischen Rechte getrennte Akte zulässig gewesen wären.

[23]) l. 6 pr. §§ 2, 3 D. h. t.; l. 4 eod.; l. 28 § 2 D. de stip. serv. 45, 3.

[24]) Wir werden die Stelle weiter unten behandeln.

[25]) Dernburg II § 71 N. 5.

[26]) Vgl. über die Stelle Fitting S. 176.

[27]) Ulpianus libro XL ad Sabinum: Si duo rei sint stipulandi et alter me auctore a pupillo stipuletur, alter altero tutore auctore, dicendum est stipulationem valere, sic tamen, si auctoritas tutoris unius sufficiat: ceterum si non sufficiat, dicendum erit inutilem esse stipulationem. Die hier behandelte Frage ist nur die, ob die auctoritas eines Tutors genügt; die Einheit des Stipulationsaktes wird dabei vorausgesetzt und selbstverständlich nicht durch die interpositio auctoritatis unterbrochen. Vgl. Huschke, Lindes Zeitschr. N. F. IV S. 416.

me is qui quod debeo, promittit, etiamsi nolim (Ulpianus libro XLVI ad Sabinum).

Diese Stelle scheint ein Beweis dafür zu sein, dass Korrealobligationen durch getrennte Stipulationen begründet werden können.[28]) Andere haben in der Stelle einen Beleg für die Möglichkeit vertragsmässiger Solidårobligationen gesehen.[29]) Beide Ansichten finden aber bei richtiger Auslegung der Stelle — die erstere wenigstens für die Zeit der klassischen Jurisprudenz — in der Stelle keine Stütze.

Zunächst ist zu bemerken, dass die l. 8 § 5 in der uns überlieferten Gestalt nicht von Ulpian herrührt, vielmehr auf Grund des l. 8 C. de novationibus 8, 41 interpoliert ist.[30]) Dies ergibt sich unzweifelhaft aus den Worten „si hoc actum est", welche, wie die anderen Wendungen „cum id specialiter agit" [31]) und „si modo id actum sit" [32]) ein charakteristisches Merkmal der Interpolation sind; ferner aus dem Umstand, dass, wie die l. 8 C. cit. selbst hervorhebt, die Novation ursprünglich „lege, non animo" stattfand, d. h. eine notwendige Folge davon war, dass das debitum der alten Obligation in der abstrakten Form der Stipulation nochmals versprochen wurde.[33]) Dabei ist freilich zu bemerken,

---

[28]) Fitting S. 88; Baron S. 255.

[29]) Czyhlarz S. 86; Unger Iherings Jahrbb. XXII S. 294; Eisele Archiv f. d. civ. Praxis LXXVII S. 462; Salkowski, Novation S. 248, 264; Gide, la novation p. 156; Landucci S. 35; Bekker, Aktionen II S. 313; Salpius, Novation S. 438.

[30]) Salpius Nov. S. 255 geht von der Annahme aus, das „si hoc actum est" sei eine Neuerung Ulpians. Dagegen erklärt es Lenel, Palingenesia II Ulp. No. 2929 für Emblem; Gradenwitz, Interpolationen S. 218 hält die Interpolation für wahrscheinlich. Übereinstimmend Eisele S. 462. Unentschieden Windscheid II § 354 N. 15.

[31]) l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2.

[32]) l. 8 § 2 D. eod.

[33]) Diese Frage ist bekanntlich sehr bestritten. Vgl. darüber die in N. 30 angeführten Schriftsteller und die Litteratur bei Windscheid II § 354 N. 15. Windscheid nimmt an, dass die Novation keiner bestimmten Form und ebensowenig der ausdrücklichen Erklärung der Novationsabsicht bedurfte. Dass das Wort „novatio" nicht gebraucht werden musste, wird man Windscheid (a. a. O. N. 14) zugeben müssen. Aber es muss ein Unterschied zwischen dem klassischen und dem justinianischen Rechte gemacht werden hinsichtlich der Frage, ob Novation eintrat. Die klassischen Juristen folgerten die Novationsabsicht aus der gewählten Stipulationsform; vgl. Gai III 176, für den es immer Novation ist, wenn „quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim", und Pomponius in l. 18 D. de V. O. 45, 1. Justinian erklärt diese Folgerung nicht für zwingend und verlangt, dass in die Stipulation noch eine Erklärung aufgenommen werde, aus welcher dieser animus gefolgert werden kann: nisi ipsi

dass nicht schon dann Novation vorliegt, wenn der nämliche Gegenstand nochmals stipuliert wird, sondern dass der Inhalt der zu novierenden Obligation in die Stipulation aufgenommen werden muss.[34]) Die alte Obligation geht unter durch die relative Bestimmung des Obligationsgegenstandes, indem in den Novationsstipulation auf die alte Obligation Bezug genommen wird; ohne diese Form wären die Römer wohl niemals auf den Obligationstilgungsmodus der Novation gekommen.[35])

In der l. 8 § 5 behandelt Ulpian die Frage, was eintritt, wenn die Ehefrau die dos, welche bereits ein anderer promittiert hat, selbst „dotis nomine“ promittiert. Die beiden als möglich gedachten Rechtswirkungen kommen in der Entscheidung zum Ausdruck: „non duplari dotem sed fieri novationem placet“. Die Frage, die sich Ulpian gestellt hat, war demnach die, ob durch die Promission der dos seitens der Ehefrau die dos verdoppelt wird oder Novation eintritt.

Diese Frage ist auch an sich ganz berechtigt, da es zweifellos möglich ist, dass die Frau von verschiedenen Seiten dotiert wird und dass mehrere dotes neben einander bestehen. In diesem Zusammenhang findet das „quid enim interest, ipsa an alius quilibet promittat“ seine Erklärung, indem sich dieser Satz nicht auf die Frage bezieht, ob Novation eintritt, sondern ob diese gültig ist. Durch die promissio dotis hat der Mann schon eine dos erhalten; die Novation vernichtet diese dos, indem sie eine andere an ihre Stelle setzt. Deshalb darf die von der Frau bestellte dos nicht kleiner sein, als die von dem „alius quilibet“ versprochene, denn andernfalls würde ihre actio rei uxoriae verkürzt werden. Davon ist nun, wie die Worte unserer Stelle ergeben, nicht die

---

specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Wenn dem gegenüber Windscheid in den Pandekten das alte Recht vorgetragen findet, so beruht diese Meinung darauf, dass Windscheid das „si hoc actum est“ mit „wenn dies beabsichtigt ist“ wiedergibt, während agere in diesem Zusammenhang „handeln, erklären“ bedeutet. Wenn man die Novation schon im klassischen Recht an die Novationsabsicht knüpft, dann wird freilich die l. 8 C., insbesondere das „lege, non animo“ unverständlich; es erscheint uns aber richtiger, aus dem Codex auf die Digesten, als von diesen auf den Codex Schlüsse zu ziehen.

[34]) l. 1 D. de nov. 46, 2: transfusio debiti; l. 34 § 2 D. eod: quod Tituim et Seium mihi dare oportet, id dari spondes? Ferner Gai III 176 u. a.

[35]) Vgl. Karlowa R. Rechtsgeschichte II S. 740, nach welchem der animus novandi darin zum Ausdruck kam, dass die neue Stipulation etwas Neues enthielt, aber doch den materiellen Inhalt der alten Obligation in sich aufnahm

Rede; es wird die ab alio bestellte dos nochmals versprochen, mit anderen Worten, es findet die Übertragung des Gegenstandes der einen Obligation in die andere statt, und dies ist zulässig, weil es keinen Unterschied macht, ob die dos von diesem oder jenem geschuldet wird. Die Promission der dos seitens der Frau nahm also in diesem Falle auf die ersten promissio dotis Bezug und lautete etwa: Quod Tituis tibi dotis nomine dari promisit, id tu mihi spondesne dari? Spondeo.

Von diesen Voraussetzungen haben wir bei der Erklärung der Stelle auszugehen. Wenn wir dabei als feststehend voraussetzen, dass die Stelle interpoliert ist, so sind wir der Frage nicht überhoben, was Emblem ist und wie die Stelle vor der Interpolation gelautet hat.

In dieser Beziehung kommt aber in Betracht, dass die Stelle für den Fall, dass die Promission der Frau nicht novandi animo erfolgt ist, beide Promittenten neben einander haften lässt. Das entspricht der Anordnung, die erst Justinian in der l. 8 C. cit. getroffen hat: „nisi ipsi specialiter remiserint . . anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere,“ [36]) und welche für die stipulatio debiti eine Rechtsfolge ermöglichte, die der klassischen Jurisprudenz vollkommen fremd war. Hieraus ergibt sich, dass nicht nur, wie Lenel annimmt, [37]) die Worte „si hoc actum est“ und „potest, si — fiat“ von den Kompilatoren hinzugefügt sind, sondern auch die anderen Worte „si autem — liberatur.“ Dies wird durch die Wahrnehmung bestätigt, dass dieser ganze Zwischensatz mit der behandelten Frage, wie wir sie herausgestellt haben, nichts zu thun hat und in unnatürlicher Weise den Schlusssatz der Stelle, welcher den Gegensatz zum ersten Satze bildet, von diesem trennt.

Meines Erachtens hat daher Ulpian nichts weiter geschrieben, als:

> „Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet. quid enim interest, ipsa an alius quilibet promittat? quod enim ego debeo, si alius promittat, liberat me. non tamen si quis stipulatur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate

---

[36]) Vgl. § 3 J. quibus modis obl. toll. 3, 29: et pristinam obligationem manere et secundam ei accedere.

[37]) Palingenesia II Ulpian No. 2929.

mea stipuletur: liberat autem me is qui, quod debeo, promittit, etiamsi nolim.“

Nur in dieser Fassung gibt das Fragment einen guten Sinn. Die beiden Gegensätze sind: promissio debiti alieni und stipulatio nominis alieni. Während die erstere den Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit, nimmt die zweite dem Gläubiger sein Forderungsrecht nicht, es sei denn, dass er eingewilligt hat. Der animus novandi aber wird in dem zweiten Teil der Stelle gar nicht erwähnt; folglich kann er auch im ersten Teil der Stelle keine Rolle gespielt haben. Namentlich der Schlusssatz der Stelle: „liberat me is qui quod debeo promittit“ beweist, dass Ulpian noch ganz auf dem Standpunkt des Gaius sich befand, dass auch für ihn noch die Novation lege, non animo eintrat.

Man kann, wenn diese Ausführungen richtig sind, für das klassische Recht aus ihnen die Folgerung ableiten, dass die stipulatio debiti alieni immer eine Novation enthielt und dann enthält die l. 8 § 5 cit. keinen Beleg für die von Czyhlarz,[38]) Unger[39]) und Landucci[40]) vertretene Ansicht, dass durch zeitlich getrennte Stipulationen der nämlichen Leistung Solidarität begründet werden konnte.

Die l. 8 § 5 steht also mit unserem Thema zunächst in einem bloss negativen Zusammenhang.

Ebensowenig darf das pr. J. h. t. 3, 19 zur Beantwortung dieser Frage herangezogen werden. Denn wenn die Institutionen sagen, dass bei getrennten Stipulationen „alia atque alia erit obligatio“, so kann davon gar keine Rede sein, dass damit etwa die Solidarität im engeren Sinne, im Gegensatz zur Korrealität (una obligatio) bezeichnet werden sollte.[41]) Denn in dem folgenden § 1 wird die Wirkung der korrekten Korrealstipulation ausdrücklich als Solidarität bezeichnet: „vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium peremit obligationem et omnes liberat,“ so dass für die getrennten Stipulationen nichts anderes übrig bleibt, als die Annahme, dass die Zahlung von seiten des einen Schuldners oder an den einen Gläubiger die anderen Schuldner nicht befreit, die anderen Gläubiger nicht ihrer Forderungen beraubt, mit anderen Worten, dass unter der alia atque

---

[38]) A. a. O. S. 65 f.

[39]) Iherings Jahrb. XXII S. 294.

[40]) S. 35.

[41]) Vgl. Eisele Archiv f. civ. Praxis LXXVII S. 461 f.

alia obligatio keine Solidarobligation, sondern mehrere in Bezug auf ihren Gegenstand kumulativ neben einander stehende Obligationen zu verstehen sind.

Die Justinianischen Institutionen decken sich also vollkommen mit der Anschauung Ulpians, für den Duplierung oder Novation die einzigen Alternativen sind, wenn auch Justinian Duplierung oder Korrealität als Alternativen behandelt. Sowenig die l. 8 § 5 in ihrer ursprünglichen Gestalt, sowenig ist die Institutionenstelle geeignet, als dritte Alternative die blosse Solidarität zu begründen.

Aber die l. 8 § 5 in der Fassung, in der sie uns heute entgegentritt? Und sofort erhebt sich die weitere Frage, warum nach der Institutionenstelle, wenn keine Duplierung stattfindet, Korrealität, nach der l. 8 § 5 dagegen Novation eintritt? Die Untersuchung dieser Frage ist geeignet, über das Wesen der Korrealität und Solidarität ein helles Licht zu verbreiten und uns dem eigentlichen Gegenstand unserer Untersuchung näher zu führen.

In den beiden Stellen handelt es sich nämlich um äusserlich völlig verschiedene Stipulationen. Während in dem Falle der Institutionen, wenn alia atque alia obligatio vorliegt, die Stipulationen lauten müssen: Sei, servum Stichum dare mihi spondes? spondeo. Titi, servum Stichum dare mihi spondes? spondeo, also zwei Stipulationen vorliegen, welche nur in Bezug auf das Leistungsobjekt mit einander zufällig übereinstimmen, liegt im Falle der l. 8 § 5 de novationibus eine Stipulation, welche auf den Inhalt einer anderen Stipulation Bezug nimmt, vor: quod ille promisit, spondesne?

Infolgedessen ist hier, obwohl die einzelnen Stipulationen und Promissionen zeitlich von einander getrennt sind, keine Duplierung eingetreten, und ohne jede Begründung wird denn auch diese Alternative von Ulpian kurzweg verworfen.

Die Korrealität bildet also einen Gegensatz zur Duplierung, einen anderen Gegensatz zur Novation. Fragen wir aber, worin dieser Gegensatz begründet ist, so antworten die Quellen: in dem Stipulationsmodus, der in den drei Fällen ein grundsätzlich verschiedener ist. Während nämlich Duplierung dann eintritt, wenn die Stipulationen nichts als den Leistungsgegenstand gemein haben, findet die Korrealität wie die Novation dann statt, wenn ausser diesem Gegenstande die Leistung selbst durch die Stipulation für die mehreren Obligationen mit einander identifiziert werden, wenn diese Parteiabsicht in den gewählten

Stipulations- oder Promissionsworten zum Ausdruck kommt. Wie sollte der Jurist auch dazu kommen, dann, wenn der Vater oder Bruder der Frau dem Manne den einem Dritten gehörenden fundus Cornelianus dotis causa promittiert, und dann die Frau selbst, vielleicht in Unkenntnis dieser Promission, den nämlichen fundus verspricht, Novation anzunehmen? Oder soll gar die blosse Thatsache, dass „idem" einem anderen promittiert wurde, den älteren Gläubiger seines Forderungsrechtes berauben? Diese Möglichkeit schliesst Ulpian ja von vornherein in l. 8 § 5 cit. i. f. aus.

Diese Erwägung bringt uns dazu, zwischen „idem" und „idem" zu unterscheiden. Weder zur Begründung der Solidarität, noch zur Novierung genügt es, dass die beiden Leistungsgegenstände identisch sind; sondern es ist nötig, dass der Inhalt der einen Obligation dem der anderen durch die Erklärung der Parteien juristisch gleichgesetzt wird; dass die beiden Obligationen durch die Erklärung der Stipulanten identifiziert werden. In der Identifizierung, die bei der Novationsstipulation durch das „quod Tituis promisit", bei der klassischen Korrealstipulation durch die Einheit der Frage und die ausdrückliche Identifizierung („e u n d e m hominem") ihren Ausdruck fand, liegt das der Novation und der Solidarität gemeinsame Moment; die Identifizierung wirkt verschieden, je nach der Absicht der Parteien, aber sie ist für verschiedene Zwecke doch ein identisches Mittel.

Diese Verwandtschaft haben denn auch die Römer vorzüglich erkannt, wie sich daraus ergibt, dass sie den Gegensatz von Korrealität und Novation wissenschaftlich behandeln:

> l. 3 pr. h. t. 45, 2: Ulpianus libro XLVII ad Sabinum: In duobus reis promittendi frustra timetur novatio: nam licet ante prior responderit posterior etsi ex intervallo accipiatur, consequens est dicere pristinam obligationem durare et sequentem accedere: et parvi refert, simul spondeant an separatim promittant, cum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur neque ulla novatio fiet.[42])

Es wurde also die Frage behandelt, ob die Korrealstipulation

---

[42]) Die Stelle ist verderbt. Mommsen will zur Verbesserung das „licet ante prior responderit" streichen; dagegen Czyhlarz a. a. O. S. 67 N. 31. Jedenfalls verträgt sich das „licet" mit dem „etsi" nicht; der mit etsi eingeleitete Satz bildet eine blosse Wiederholung des Vorhergehenden.

nicht Novation wirke, und dies hat man verneint, und zwar im klassischen Recht wohl kategorisch, ohne auf das „quod actum est“ Rücksicht zu nehmen.[43]) Dabei hat aber der Jurist nicht, wie Baron[44]) annimmt, getrennte Stipulationsakte vor Augen gehabt, sondern nur den Akt, wie er im pr. J. h. t. geschildert wird. Die von Tribonian eingeschobene Begründung „nam etsi“ — „accedere“ beweist nichts dagegen, da sie nur den Gegensatz der gemeinsamen Sponsion und der getrennten Sponsion, aber bei einheitlicher Stipulation bezeichnet:[45]) et parvi refert, simul spondeant an separatim promittant. Dies ist die einzige Frage, welche in der Stelle behandelt wird. Wenn aber demungeachtet gefragt wird, ob im Falle der separata promissio Novation eintritt, so soll damit eben weiter nichts, als die innere Verwandtschaft der Korrealstipulation mit der Novationsstipulation dargethan werden.

---

[43]) Ich halte die Stelle mit Eisele Archiv f. d. civ. Praxis 77 S. 425 für interpoliert. Das Einschiebsel stimmt fast wörtlich mit dem § 3a J. quib. mod. obl. toll. 3, 29 „manere et pristinam obligationem et secundam ei accedere“, überein. Vgl. im übrigen Eisele a. a. O. u. Lenel, Palingenesia II Ulp. No. 2935 Sp. 1183.

[44]) S. 255.

[45]) Das intervallum, von welchem Tribonian spricht, muss jedenfalls nicht anders verstanden werden, als in l. 6 § 2 eod., wo es den Zwischenraum zwischen Frage und Antwort bezeichnet. Aber ich gebe zu, dass es anders verstanden werden kann: das „cum hoc actum sit inter eos ut . . . scheint mir darauf hinzuweisen, dass Tribonian in die Stelle, die ursprünglich von einer dem pr. J. h. t. vollkommen entsprechenden Stipulation handelte, einen ganz anderen Thatbestand hineingetragen hat, indem er, wie in der l. 8 § 5 de. novat., den Fall einer abgeschlossenen Stipulation, zu welcher später eine neue Promission hinzutritt, annimmt. Die Folge dieser „adpromissio“ soll dann die sein, welche in der l. 8 C. de nov. vorgesehen und in den § 3a J. quib. mod. obl. tollitur und die l. 8 § 5 D. de nov. hineingetragen ist. D. h.: Tribonian hat die l. 3 pr. h. t. gründlich missverstanden; sonst hätte er gar nicht auf den Gedanken kommen können, die l. 8 C. cit. auf sie zu beziehen. Aber eines ist dabei besonders bemerkenswert: Bei der l. 8 § 5 de nov. ist die Frage offen gelassen, ob Korrealität oder Solidarität vorliegt; die l. 3 pr. cit. gibt auf diese Frage den gewünschten Aufschluss: Ulpian handelte von duo rei promittendi; Tribonian ändert die Ausführung Ulpians, dass die Korrealpromission keine Novation bewirkt, dahin ab, dass es darauf ankommt, was „actum est“. Das beweist, dass in der Praxis die Korrealpromission eine andere Gestalt hatte, als die in pr. J. h. t. angegebene, und dass in dieser Gestalt das tertium comparationis der Novation gegenüber beruhte. Es beweist dies aber auch, dass dann, wenn der mehrdeutigen Promission der animus novandi nicht zu Grunde lag, nicht etwa blosse Solidarität, sondern Korrealität angenommen wurde.

Es erscheint uns daher auch als eine durchaus konsequente Fortbildung, wenn Justinian statt der Novation, wo die Erklärung des Novationswillens fehlte, Solidarität eintreten liess. Ob diese Solidarität Korrealität sein sollte, wird in anderem Zusammenhange behandelt werden.

Wir müssen nunmehr nochmals auf die im pr. J. h. t. geschilderte Korrealstipulation eingehen und ihre juristische Bedeutung erörtern.

Soviel steht nach dem Vorausgehenden fest, dass die klassische Jurisprudenz nur e i n e n Weg gekannt hat, auf dem sie zur Vertragssolidarität gelangte. Unger[46]) behauptet zwar noch, dass durch getrennte Akte Solidarität begründet werden konnte und zieht dafür die l. 43 D. de fideiuss. 46, 1 heran.

> Pomponius libro XVII ex variis lectionibus: Si a Titio stipulatus fideiussorem te acceperim, deinde eandem pecuniam ab alio stipulatus alium fideiussorem accipiam, confideiussores non erunt, quia diversarum stipulationum fideiussores sunt.[47])

In der That scheint hier die „eadem pecunia“ darauf hinzuweisen, dass Korrealität der Hauptschulden angenommen wurde, obgleich die Promissionen der Hauptschuldner auf verschiedene Stipulationen erfolgten. Indessen ist diese Annahme keineswegs zwingend; mit den Worten „eandem pecuniam ab alio stipulatus“ weist vielmehr Pomponius auf die gewählte Stipulationsform (eandem pecuniam promittis?) und die ihr zu Grunde liegende Parteiabsicht hin; dass diese Absicht den gewünschten Erfolg gehabt hätte, ist in der Stelle nicht gesagt, sondern, wenn auch nur mittelbar, verneint. Die Bürgen für die beiden Hauptschuldner sollen keine „confideiussores“ sein, weil sie „diversarum stipulationum fideiussores sunt“. Wie das Wort „confideiussor“ in den Quellen gebraucht wird,[48]) bedeutet es einen von mehreren Bürgen für eine und die nämliche Schuld, mag diese einfach oder solidarisch sein. Hier wird man mir freilich entgegenhalten, dass eben „eine Schuld“ bei mehreren Schuldnern nur dann vorliegt, wenn eine Korrealschuld, keine blosse Solidarschuld, vorhanden ist; dass dagegen bei einer blossen Solidarobligation soviele Schulden als

---

[46]) S. 294.

[47]) Über die l. 3 pr. vgl. Fitting S. 89 N. 101; Bekker, Aktionen II S. 313 ff.; Czyhlarz S. 86 ff.; Baron S. 255 f.; Landucci S. 36; Kuntze, Die Obl. u. die Singularsuccession S. 167 f.; Liebe, Stipulation S. 213 ff.

[48]) Vgl. l. 10; l. 39; l. 48 § 1 D. de fideiuss. 46, 1.

Schuldner vorhanden sind. Indessen kann dieses Argument jedenfalls dem gegenüber nicht durchschlagen, der die herrschende Lehre überhaupt in Frage stellt, samt allen ihren Ausgangspunkten, und der versucht, vollkommen unabhängig von ihr aus dem Quellenrecht seine eigene Ansicht zu entwickeln. Tritt man aber an diese Frage vorurteilslos heran, sucht man das Moment, welches die confideiussores von fideiussores schlechthin unterscheidet, nicht in einer theoretischen Abstraktion, sondern in dem praktischen Zwecke, so ist der Gegensatz einfach der, dass die einen für verschiedene, von einander unabhängige Obligationen haften, so dass auch unter ihnen keine Solidarität eintritt, während die confideiussores, mögen sie nun für eine einfache oder eine komplizierte Obligation haften, Solidarschuldner sind, weil sie Bürgen für eine und die nämliche Leistung sind. So wird die l. 43 cit. geradezu zu einem Beweismittel für uns und gegen Unger. Die von ihr genannten fideiussores sind keine Mitbürgen, weil sie für verschiedene Obligationen bestellt sind; sie sind keine Solidarbürgen, weil sie nicht Bürgen für eine Solidarschuld sind. So enthält die l. 43 nur einen Beleg dafür, dass durch getrennte Stipulationen keine Solidarität begründet werden kann, sondern „alia atque alia est obligatio“ und dass daher die Leistung des einen Schuldners oder seines Bürgen den anderen Schuldner und seinen Bürgen nicht befreit.[49])

[49]) Landucci S. 36 zieht als Belege für die Notwendigkeit der unitas actus noch die ll. 26, 28 D. de nov. 46, 2; l. 4 D. de usur. 22, 1 und die l. 91 § 6 D. de V. O. an. Aber in l. 26 ist von Solidarität keine Rede, vielmehr von der alternativen Novierung zweier nach Inhalt und Schuldner verschiedenen Obligationen. Hier ist die Wirkung der Novationsstipulation hinsichtlich der einen Schuld davon abhängig, dass nicht die andere noviert wurde. Die Novationswirkung kann daher erst dann eintreten, wenn diese Bedingung eintritt, d. h. wenn diese und nicht die andere Obligation geltend gemacht wird. So ist das „novatum non est“ der l. 26 cit. ebenso berechtigt, wie das „utrumque novatur“ der l. 32 eod. Vgl. Salkowski, Novation S. 344 ff. Nun ist ja wohl richtig, dass dann, wenn der Expromissor die decem, die Seius schuldete, bezahlt, Seius befreit wird. Aber von der Solidarität unterscheidet sich dieses Verhältnis dadurch, dass nicht für den, der bezahlt, sondern für den Seius bezahlt wird — pro quo velit l. 26 cit. —; so gut wie die Novationsstipulation selbst ist diese Zahlung Intercession: Erfüllung der Bedingung, um die Novation zu bewirken, und Tilgung der fremden Obligation, um die Bedingung zu erfüllen. — l. 28 eod. aber handelt von einer zweimaligen Promission der nämlichen Leistung durch den nämlichen Schuldner (darüber s. Salpius, Novation S. 253 f.; Salkowski, Novation S. 81 f.; Gradenwitz, Interpolationen S. 219). Ebenso die anderen Stellen.

Unser Ergebnis ist: das klassische Recht kennt nur eine Solidarstipulation und nur e i n e Novationsstipulation. Diese eine Solidarstipulation — die Novationsstipulation interessiert uns jetzt nicht näher — erschien den klassischen Juristen mithin als notwendig, um den Erfolg der Solidarität hervorzubringen. Weshalb das? Etwa deshalb, weil ihnen in einem übertriebenen Formenkultus die Einheit der Obligation durch die Einheit der Form ausgedrückt werden sollte? Man wird dies wenigstens nicht präsumieren dürfen. Näher aber liegt uns der praktische Grund: Weil die Solidarität zwar keine Einheit der Obligation, aber eine rechtliche Verbindung, eine gegenseitige Abhängigkeit der mehreren Obligationen bedeutet, und weil diese Abhängigkeit, welche ganz ausschliesslich auf den Willen der Vertragschliessenden zurückzuführen ist, nicht in symbolischer, aber in erkennbarer Weise in der Stipulation als beabsichtigt zum Ausdruck kommen sollte. Nachdem die getrennten Stipulationen mit einseitiger Identifizierung für den klassischen Juristen Novation bewirkten, blieb gar kein anderer Modus der Stipulation für die Solidarobligation übrig, als der in pr. J. h. t. geschilderte. Zeitlich getrennte Stipulationen auf den nämlichen Gegenstand, ohne einseitige Bezugnahme auf den Inhalt der korrespondierenden Stipulation begründen Kumulation der Obligation; zeitlich getrennte Stipulationen mit einseitiger Bezugnahme auf den Inhalt der früheren Stipulation begründen Novation der Obligation; gleichzeitige Stipulation mit gegenseitiger Bezugnahme auf den Inhalt der korrespondierenden Stipulation begründet Solidarität, oder, wenn man lieber will, Korrealität.

Wir fügen sofort den dritten, bisher nicht behandelten Gegensatz hinzu: die Geteiltheit: Wenn mehrere eine Leistung zusammen versprechen, so haften sie im Zweifel nur pro partibus divisis.

> l. 11 D. h. t. 45, 2 Papinianus libro XI responsorum: § 1: Cum tabulis esset comprehensum „illum et illum centum aureos stipulatos“ neque adiectum „ita ut duo rei stipulandi essent, virilem partem singuli stipulati videbantur“. § 2: Et e contrario cum ita cautum inveniretur: tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus, spopondimus ego ‚Antoninus Achilleus et Cornelius Dius‘, partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent.

Aus der in dieser Stelle ausgesprochenen Regel ergibt sich, dass die Solidarität gewollt sein muss, um entstehen zu können.

Dieser Wille kommt aber für das römische Recht nicht schon dadurch zum Ausdruck, dass mehrere Personen gemeinschaftlich eine Verbindlichkeit eingehen, sondern er muss ausdrücklich erklärt sein.[50])

Er ist in der Stipulationsform der pr. J. h. t. ausdrücklich erklärt. Denn in derselben kommt zum Ausdruck:

1) dass keine Novation eintreten soll, dadurch, dass in dem Augenblick, wo an den zweiten Promissor die Frage gerichtet wird, die erste noch nicht verpflichtet ist;

2) dass keine Verdoppelung eintreten soll, darin, dass der Stipulant oder die Stipulanten die Leistung des einen Promittenten oder an den einen Stipulanten der Leistung an den anderen ausdrücklich gleichsetzen;

3) dass keine Teilung eintreten soll, dadurch, dass sich die Promittenten nicht gemeinschaftlich, sondern jeder der Verpflichtung des anderen ungeachtet zu der nämlichen Leistung verpflichtet, bezw. jeder Stipulator sich, im Einverständnis mit dem anderen Stipulator, trotz dessen Berechtigungswillen die nämliche Leistung ganz versprechen lässt.

Diese Unterscheidungsmerkmale sind in der uns überlieferten klassischen Korrealitätsstipulation so vorzüglich ausgesprochen, dass wir darin die klare Denkungsweise der römischen Juristen nur bewundern können. Sehen wir von der Novation ab, die wir im Vorausgehenden in ihrem Verhältnis zur Solidaritätsbegründung hinreichend gewürdigt haben, so lässt sich in Anbetracht des strikten Rechtes, dem die Verbalobligation unterlag, geradezu keine bessere Formulierung des Solidaritätsbegründungswillens denken, als die, zu welcher die römischen Juristen gegriffen haben.

Dies legt uns in Bezug auf die Verpflichtungsakte eine Reihe von Gegensätzen nahe, von welchen e i n e r allerdings nur im klassischen Rechte begründet war.[51])

Je nach den Wirkungen können wir nämlich unterscheiden zwischen Novations-, Multiplikations-, Teilungs- und Solidaritätsstipulationen. Diese Unterscheidung ist ohne weiteren Belang.

Aber nach der Form, in welcher diese Stipulationen vorgenommen sind, bezeichnen wir die beiden ersteren als getrennte, die beiden letzteren als verbundene Stipulationen, und innerhalb der verbundenen Stipulationen zwischen gemeinsamer Stipulation (Teilung) und Gesamtstipulation (Solidarität).

---

[50]) Anders das preussische Landrecht und das d. bürgerliche Gesetzbuch.

[51]) Infolge der l. 8 C. de nov. im justinianischen Rechte gegenstandslos.

Auf diesen letzteren Gegensatz glauben wir noch näher eingehen zu sollen. Wenn wir die gemeinsame Stipulation der Gesamtstipulation gegenüberstellen, so müssen wir versuchen, das unterscheidende Moment zu ermitteln. Liegen bei jener mehrere Stipulationen, bei dieser nur eine Stipulation vor? Die Beantwortung dieser Frage scheint uns von Wichtigkeit zu sein; denn es handelt sich dabei um die Frage, welche Bedeutung für die Korrealitätslehre dem Satze „quot stipulationes tot res“ zukommt.

Nun ist offensichtlich, dass von Einheit der Stipulation in dem ersten Falle nicht weniger die Rede sein kann als in dem zweiten. Nehmen wir eine Mehrheit von Schuldnern an, so haben wir vielmehr gerade da, wo Teilung eintritt, anscheinend in viel grösserem Masse das Recht, von Aktseinheit zu reden, als bei der Korrealstipulation, weil wir nach den oben entwickelten Gegensätzen uns die Begründung einer Teilobligation durch den Verbalkontrakt gar nicht anders vorstellen können, als dass auf eine, an beide Promissoren gerichtete Frage diese ihre Antwort entweder zusammen oder getrennt gaben, während bei der Korrealstipulation soviel Stipulationen vorliegen, als Promissionen erfolgen. Während die Korrealität durch folgenden Verbalakt begründet wird: Sei, centum aureos dare mihi spondes? Semproni, eosdem centum aureos dare mihi spondes? Spondeo, oder spondemus, kann die Teilstipulation nur gelautet haben: centum aureos dari spondetis? spondemus. Freilich wird niemand behaupten wollen, dass die Einheit dieses Verpflichtungsaktes mehr als eine rein äusserliche sei; man wird vielmehr mit Recht behaupten dürfen, dass derselbe in praktischer Weise zwei Rechtsakte mit einander verbindet, welche gar nichts Juristisches mit einander gemein haben, welche insbesondere kein gemeinsames Band unter den zu begründenden Obligationen erzeugen sollen. Denn eine juristische Beziehung unter den verschiedenen Obligationen kommt als gewollt bei dieser Stipulation gar nicht zum Ausdruck.

Ganz anders die Solidaritätsstipulation. Hier haben wir in einer Beziehung grössere Selbständigkeit als bei der eben besprochenen Teilstipulation: In Bezug auf die Zahl der an die Promissoren gerichteten Fragen. Jede einzelne Promission erfolgt auf eine auch äusserlich selbständige Stipulation und dadurch wird die Teilung ausgeschlossen, weil jeder Promissor dem Gläubiger ausdrücklich die ganze Leistung verspricht. Und doch

liegt, freilich in einem ganz anderen Sinne, ein Rechtsakt vor, weil auf die eine Stipulation nicht sofort die eine Promission, wie bei getrennten Stipulationen, erfolgt, sondern den mehreren Stipulationen die mehreren Promissionen verbunden nachfolgen. Und diese Form zeichnet sich noch durch ein materielles Element aus, das „idem“, welches die Parteien ausdrücklich erklären.

Ebenso bei der Begründung der aktiven Korrealität. Jeder Gläubiger stipuliert, jedem Gläubiger, nicht den mehreren Gläubigern zusammen, spondiert der Schuldner: utrique vestrum dare spondeo. Jedem Gläubiger verspricht der Schuldner, aber er verspricht nur einmal, und er verspricht jedem das Ganze.

Man hat diesen eigentümlichen Begründungsakt der Solidarberechtigung und Solidarverpflichtung einen „Gesamtakt“ genannt [52]) und mit vollem Rechte. Insgesamt handeln die Parteien — dem Vertragsgegner gegenüber, um so einen Erfolg zu erzielen, der ihnen sonst unmöglich wäre. Jeder Schuldner verpflichtet sich, jeder Gläubiger wird für sich berechtigt, aber in einer eigentümlichen Weise, indem er durch seinen Willen, der mit anderen auf das nämliche Ziel gerichteten Willen verbunden, eine besonders geartete Rechts- und Verpflichtungsgemeinschaft erzeugt. Freilich wendet gerade der Entdecker des Gesamtaktsbegriffes, Kuntze, gegen die Bezeichnung der Korrealstipulation als Gesamtakt ein, dass jeder Teilnehmer an dieser für sich eine besondere Rechtswirkung bezweckt; [53]) so richtig dies ist, so muss doch der Nachdruck darauf gelegt werden, dass zwar nicht die Verpflichtung und Berechtigung des einzelnen Teilnehmers, wohl aber die Solidarität dieser Berechtigungen und Verpflichtungen aller Teilnehmer auf der besonderen Natur des Begründungsaktes beruht. Solidarität ist ein Erfolg, der über die einzelne handelnde Person hinausgeht; sie bedarf des Gesamthandelns, weil die Einzelhandlung nur dem Handelnden selbst Wirkungen zufliessen lässt.

Es drängen sich hier sofort zwei Fragen auf, die in diesem Zusammenhang beantwortet werden müssen: Wie verhält es sich mit der Korrealität aus formlosen Verträgen? Und muss der Gesamtakt ein gleichzeitiger Akt sein?

---

[52]) Czyhlarz S. 65 ff.; Kuntze, Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff (Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für O. Müller 1892).

[53]) A. a. O. S. 68. Ich kann nicht ersehen, inwiefern für die Anhänger der Einheitstheorie der Gesamtaktsbegriff näher liegen soll als für deren Gegner, wie Kuntze meint.

Was die erste Frage betrifft, so bedarf zunächst die Annahme, dass Solidarität bezw. Korrealität auch aus nicht verbalen Kontrakten entstehen konnte, heute kaum mehr eines Beweises.[54]) Aber um so wichtiger ist die Frage, wie dort, wo doch von formellen Abreden keine Rede war, die Solidarität hervorgebracht werden konnte. Aber die Antwort auf diese Frage ist sehr leicht zu finden: die Korrealität entsteht ja nicht durch Beobachtung einer gewissen Form an sich, sondern durch die Erklärung des auf die Bildung einer Solidarobligation gerichteten Willens; dieser muss nur bei der verborum obligatio auf eine bestimmte Weise geäussert werden, weil diese ein Formalkontrakt ist. Aber eines ist bei der Korrealität aus den Konsensual- oder Realkontrakten zu bemerken: die unitas actus müssen wir auch bei ihnen für die Entstehung der Solidarität für erforderlich halten.[55]) Nicht etwa deshalb, weil die Solidaritätsabrede als pactum adiectum bei der Begründung des Hauptvertrages diesem beigefügt werden musste, um gültig zu sein; denn dieses Paktum hätte jedem einzelnen Vertrage beigefügt werden können; sondern deshalb, weil dem klassischen Römer die Begründung der über den einzelnen Kontrahenten hinausreichenden Solidarität gar nicht anders möglich schien, als durch eine gemeinsame, auf diesen gemeinsamen Erfolg gerichtete, einheitliche Aktion.

Dass der klassischen Jurisprudenz die unitas actus als ein wesentlicher Bestandteil des Gesamtaktes erschien, lassen uns die Quellen nicht zweifelhaft. Auch uns scheint sie das beste Mittel, zum Ausdruck zu bringen, dass jeder mit dem anderen auf ein gemeinsames Ziel hinarbeitet, dass der Erfolg, zunächst in der Begründung, dann in der Tilgung der Obligation, allen gemeinsam sein soll.

Dadurch unterscheidet sich das Gesamthandeln, wie wir es in der Korrealstipulation erblicken, von dem Füreinanderhandeln, wie es Brinz zur Grundlage seiner Korrealitätstheorie macht.[56]) Nicht für den anderen will sich der Handelnde verpflichten; dieser Ausgangspunkt würde zwar dazu führen, dass jeder auf

---

[54]) Vgl. l. 9 pr. D. h. t. 45, 2; l. 13 § 9; l. 47 D. locati 19, 2; l. 16 pr. D. de pecunia constituta 13, 5. Über die Unmöglichkeit, durch Literalkontrakt Korrealität zu schaffen, siehe Salpius, Nov. S. 97 f. gegen Savigny, Obl. I S. 148 ff., Brinz, Krit. Bl. IV S. 9.

[55]) Czyhlarz S. 89 lit. A.

[56]) Krit. Blätter IV S. 19 f.

den ganzen Betrag haftet, aber er würde zu einer Mehrzahl von Solidaritäten führen. Jeder verpflichtet sich zum Teil für sich, zum Teil für den anderen; eine Solidarität, und zwar accessorischer Art, würde immer insoweit vorliegen, als der eine für seinen Teil, und der andere für den Teil dieses einen haften würde. Das hiesse aber die Solidarität zerreissen und die paritätische Solidarität in eine accessorische verwandeln; m. a. W.: es wird durch diese Theorie nicht erklärt, wie mehrere für den nämlichen Erfolg haften können, ohne accessorisch zu haften.

Brinz freilich beruft sich auf die Quellen dafür, dass bei der Begründung der Korrealität immer ein negotium alienum geriert werde, dass die Korrealstipulation immer zum Teil Interzession sei.[57]) Uns scheint sich dies aus den Quellen nicht zu ergeben. Die l. 6 § 3 D. de neg. gestis 3, 5[58]) sagt nicht, dass gerade die Korrealpromission oder -Stipulation ein negotium alienum enthalte; und die l. 5 D. h. t. 45, 2 spricht zwar den Satz aus, dass jemand alienae operae promittieren kann und dass dies dann vorliegt, wenn mehrere als rei promittendi sich zu operae verpflichten.[59]) Aber diese Stelle scheint uns nicht für, sondern gegen Brinz zu sprechen.

---

[57]) Krit. Bl. IV S. 23.

[58]) Bei Mommsen l. 5 § 5.

[59]) Julianus libro XXII digestorum: Nemo est qui nesciat alienas operas promitti posse et fiedeiussorum adhiberi in ea obligatione et ideo nihil prohibet duos reos stipulandi constitui vel promittendi, sicuti si ab eodem fabro duo rei stipulandi easdem operas stipulantur: et ex contrario duo fabri eiusdem peritiae easdem operas promittere intelleguntur et duo rei promittendi fieri. — Hölder, Das Wesen der Korrealobligationen (Festschrift für Scheurl 1884) S. 58 N. 1 nimmt an, es sei im ersten Satze dieser Stelle nach alienas operas „stipulari et" ausgefallen. Ich kann mir dies nicht vorstellen, finde auch nicht, dass durch diese Konjektur die Beziehung des ersten Beispiels auf den Satz „alienas operas promitti posse" besser erklärt würde als ohne diese Konjektur; denn bei Mehrheit der Gläubiger und Einheit des Schuldners (ab eodem fabro) kann doch von operae alienae gar keine Rede sein. Dagegen scheint mir die Mommsensche Konjektur: „alienas operas promitti non posse nec fideiussorem adhiberi in ea obligatione. at ideo rel." sehr viel für sich zu haben. Denn der Satz alienas operas promitti posse widerspricht direkt dem in mehreren anderen Stellen ausgesprochenen Satze: factum alienum inutiliter promittitur. Vgl. l. 65 D. de fideiuss. 46, 1; § 3, § 21 J. de inutil. stip. 3, 19; l. 38 pr. §§ 1, 2 D. de V.O. 45, 1; Brinz, Pand. IV § 584 N. 1; Puchta, Institut. II § 258 N. q.; Vangerow III § 608 N. II S. 296 ff. Seit langem hat man sich bemüht, die l. 5 mit diesen Stellen zu vereinigen. Die Glosse promitti posse nimmt an, dass die operae alienae solche sind, welche zugleich ein anderer verspricht, also nicht alienae im technischen Sinne. Ebenso wohl Fitting S. 194. Pothier, Pand. Iust. h. t.

Die Stelle geht von der Frage aus, ob überhaupt eine Korrealobligation auf operas facere gültig begründet werden kann. Damit hebt sie eine Eigentümlichkeit der Obligationen dieses Inhalts hervor, welche es bedenklich erscheinen lässt, auf die Korrealobligationen im allgemeinen aus ihr Schlüsse zu

---

n. 2 unterscheidet nach der Fassung der Stipulation, und bezieht die l. 5 auf den Fall, dass nicht alium facturum esse, sondern se effecturum et alius faciat promittiert wurde. Dagegen Demangeat, Des obligations solidaires p. 119 f. Demangeat acceptiert p. 120 ff. die Erklärung des Cuiaz, recitationes solemnes in lib. XXII. Digest. Salvii Juliani, welcher von den operae libertorum ausgeht, von denen Julian im 22. Buch seiner Digesten handelt. [Cfr Lenel, Palingenesia I Sp. 378 f.] Hiernach beruht die Stelle auf dem Unterschied der operae officiales und fabriles; darüber Karlowa R. Rechtsgesch. II S. 145 und dort Angeff. Die ersteren beruhen nach Cuiaz auf dem respectus von dem Patron und sind daher an seine Person und an die des Freigelassenen geknüpft; ll. 9 § 1; 10 § 1; 11; 12 de op. lib. 38, 1; l. 26 § 12 D. de cond. ind. 12, 6; l. 8 § 1 de op. lib. 38, 1; l. 44 eod. Die operae fabriles dagegen sind übertragbar, und für sie kann auch, im Gegensatz zu den officiales, ein fideiussor bestellt werden. Julians Gedankengang war folgender: Wie die op. off. nur dem Patron geleistet werden können, so kann sie der libertus nicht zwei reis stipulandi versprechen, wenn nur einer von ihnen sein Patron ist; wie nur der Freigelassene sie schuldet, so kann sie neben ihm kein reus promittendi schulden, der nicht auch freigelassen ist. Alienae operae sollen dagegen die operae der anderen Gattung sein, d. h. die fabriles. — Mit Recht wendet sich gegen diese Erklärung Landucci S. 180 ff., welcher annimmt, dass Julian nicht von den operae off. und fabr. gehandelt habe, sondern, wenn auch von diesen ausgehend, von der Stipulation, nämlich anknüpfend an die promissio operarum, und dass die Stelle im Zusammenhang stehe mit der l. 54 D. V.O. 45, 1 [Vgl. dazu Lenel, Palingenesia I. Julian Nr. 361, 362]. Dass an dieses Versprechen sich eine fideiussio anknüpfen könne, ergebe sich aus l. 44 D. 38, 1 und nichts berechtige dazu, anzunehmen, dass nicht zwei Freigelassene sich als correi zu operae officiales verpflichten konnten. Mir scheint die Erklärung des Cuiaz schon an dem Worte „alienas“ zu scheitern, welches in der Bedeutung „alias“ nirgends vorkommt. Vgl. Georges, Handwörterbuch s. h. v. — Durch die Mommsensche Konjektur wird die doppelte Schwierigkeit gehoben, welche in dem ersten Satz der Stelle und anderseits in der Anknüpfung der duo rei stipulandi an die „operae alienae“ liegt. Operae alienae sind für Julian nicht nur solche, die von einem anderen als dem Schuldner, sondern auch solche, welche an einen anderen als den Gläubiger zu leisten sind. Der Sinn der Stelle wäre dann: Operae alienae können zwar nicht gültig versprochen werden; aber bei duo rei stipulandi u. promittendi liegen keine operae alienae vor. So würde die Stelle auch jedes Beweiswertes für die von Brinz vertretene Ansicht entbehren. Was die „eadem peritia“ betrifft, so scheint sie mir nicht sowohl juristisches Erfordernis, als thatsächliche Voraussetzung zu sein. Damit, dass sich jemand von duo fabri operae versprechen lässt, erklärt er eben, dass ihm auf das individuelle Moment nichts ankommt, dass sie für ihn eiusdem peritiae sind. —

ziehen. Das Bedenken, welches hier Julian beseitigt, beruht darin, dass die von verschiedenen Personen geleisteten operae einer bestimmten Art im Verhältnis zu Leistungen der nämlichen Sache in geringerem Grade als gleiche Leistungen erscheinen, infolge des Einflusses, welchen die Individualität des einzelnen Arbeiters auf die Beschaffenheit der Leistung ausübt.[60]) Die Frage ist demnach: kann man Leistungen, die möglicherweise grundverschieden sind, mit einander identifizieren; fehlt es hier nicht der Korrealität an der ersten Voraussetzung, der eadem res? Die Frage bejaht Julian; aber nicht unbedingt, sondern nur für „fabri eiusdem peritiae“; wegen der eadem peritia wird die Individualität des Arbeiters und seiner Leistung ihrer rechtlichen Bedeutung beraubt. Dies ist der aus der Stelle zu entnehmende Gedankengang; in ihm liegt die eigentliche Begründung des duos reos fieri posse.[61]) Dazu passt freilich der an die Spitze gestellte Satz „alienas operas promitti posse“ nicht; aber das beweist gegenüber der nachfolgenden Ausführung, die doch auch Julian angehört, nichts; Julian ist, von einem unrichtigen Vordersatz ausgehend, durch eigene Korrektur zu einem richtigen Schluss gekommen. Dazu mag das alternative Element, welches in jeder Solidarverpflichtung enthalten ist, beigetragen haben; so verspricht zwar jeder nur seine Leistung, aber im Zusammenhang mit der Leistung des anderen: du sollst die eine Leistung von mir oder dem anderen verlangen können. Insofern hat die Korrealstipulation einige Ähnlichkeit mit dem Versprechen einer fremden Leistung. Aber niemals verspricht der einzelne Promittent, für den anderen handeln, haften zu wollen, sondern sich selbst verpflichtet er für den bestimmten Erfolg, ungeachtet und wegen der gleichen korrespondierenden Haftung des anderen. Nicht ein Einstehenwollen für fremdes Handeln ist es auch, sondern eher für fremdes Nichthandeln, ein Leistenwollen für den Fall, dass der Mitschuldner nicht geleistet hat, was der Solidarität zu Grunde liegt.[62])

Daraus scheint sich uns zu ergeben, dass die l. 5 der Theorie

---

[60]) Hölder a. a. O. S. 58. Die Folgerung, die Hölder aus der Stelle zieht, dass bei jeder Korrealobligation jeder Schuldner für die Zuwiderhandlung des anderen hafte, weil er die Handlung dieses anderen verspreche, ist sonach verfehlt. Vgl. Mitteis, Individ. S. 95 f.

[61]) Mitteis S. 96.

[62]) Womit aber nicht gesagt sein soll, dass die Obligation der correi eine bedingte wäre.

Brinz' keine Stütze bietet. Überdies leidet sie an dem Fehler, dass sie nicht im stande ist, die Hauptfrage zu beantworten: worauf dann die Solidarität zwischen der eigennamigen Haftung des einen und der fremdnamigen Haftung des anderen beruht. Freilich hat er dies versucht, indem er seiner Konstruktion der paritätischen Korrealität die der fideiussio vorangehen lässt;[63]) aber auch diese scheint uns abwegig zu sein, weil unseres Erachtens das Vertretungsmoment nicht ausreicht, um den Zusammenhang zwischen der Haupt- und der Nebenobligation herzustellen.[64]) —

Von diesem Gesamtakt ist nun aber der Begründungsmodus, welchen Justinian in der l. 8 C. de novat. geschaffen hat, grundverschieden. Wir glauben denn auch annehmen zu dürfen, dass die klassischen Juristen, selbst wenn sie in der nachfolgenden Stipulation keine Novation gesehen hätten, durch sie niemals eine paritätische Solidarobligation hätten entstehen lassen.[65]) Indessen kann auf die Frage, ob es ausser der paritätischen Solidarität noch andere Fälle solidarischer Verbindlichkeiten gibt, erst im II. Kapitel eingegangen werden. Hier interessiert uns nur das Moment, welches Justinian veranlasst hat, im Falle der l. 8 § 5 D. de nov. Korrealität anzunehmen.

Dieser Grund besteht wohl darin, dass zwar konstruktive, nicht aber praktische Momente gegen diesen Begründungsmodus sprechen. Durch die Accession eines weiteren Schuldners wird der bisherige Schuldner begünstigt, nicht benachteiligt; der neue Schuldner identifiziert seine Leistung mit der des alten Schuldners. Daher wird er durch die Leistung des letzteren unbedenklich befreit. Anders freilich liegt die Sache bezüglich des letzteren; der Mangel der gegenseitigen Identifizierung hätte hier an sich bewirken müssen, dass durch die Leistung des neuen Schuldners der alte wenigstens nicht ipso iure befreit wird.[66]) Indessen hat hier wohl die Möglichkeit, einen Schuldner auch gegen seinen Willen und sein Wissen zu befreien, mit eingewirkt.[67]) Wir werden darauf im folgenden § zu sprechen kommen. —

[63]) S. 19 ff.

[64]) Darüber das Nähere im II. Kapitel.

[65]) Dass im Falle der l. 8 § 5 D. 46, 2 keine accessorische Obligation im technischen Sinne vorliegt, ergibt der Umstand, dass Justinian über dieselbe nichts bemerkt.

[66]) Vgl. hierher Czyhlarz S. 69, der aber von der aktiven Korrealität handelt.

[67]) Und ebenso die Möglichkeit, die fideiussio als accessorische Solidar-

Wenn wir im Vorhergehenden der Einheit des Begründungsaktes eine massgebende Rolle für die Entwickelung des Korrealitätsbegriffes beilegen zu müssen glaubten, so gingen wir davon aus, dass die Korrealität in dem Rahmen, in dem die Quellen von duo rei promittendi und stipulandi sprechen, vertragsmässige Solidarität ist. Wir haben uns bestrebt, wie die römischen Juristen, den Solidaritätsbegriff an der Korrealobligation klarzulegen. Wir haben gesehen, welche Gegensätze die Römer der Korrealität gegenüberstellen; die Solidarität kennen sie als Gegensatz nicht. Vielmehr liegt nach den Institutionen gerade das Wesen der Korrealität in der Solidarität.

§ 2.

Die Identität der Leistung.

Wir haben bereits im vorigen § die Behauptung aufgestellt, dass die Solidarität auf der Identität mehrerer Leistungen beruhe; es obliegt uns, diese Behauptung, die wir vorerst nicht näher zu begründen vermochten, aus den Quellen zu beweisen. Wenn wir bisher allein von dem Worte „solidum" ausgegangen sind, welches ein Ganzes und ein Ganzes bedeutet, und uns auf den Solidaritätsfall beschränkt haben, den man in der Regel Korrealität nennt, so obliegt uns des weiteren, darzuthun, dass nicht nur dieser, sondern auch die anderen Fälle solidarischer Verbindlichkeiten auf der Identität der Leistung beruhen.

In der Identität der Leistung erblicken wir das Wesen der Solidarität, den Grund der Erscheinung, dass einmalige Zahlung die sämtlichen Verbindlichkeiten tilgt. Sehen wir, wie die Quellen diese Erscheinung begründen.

> § 1 J. h. t. 3, 16: Ex huiusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. in utraque tamen obligatione una res vertitur: et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium peremit obligationem et omnes liberat.
>
> l. 3 § 1 i. f. D. h. t. 45, 2 Ulpianus libro XLVII ad Sabinum: Utique enim cum una sit obligatio, una

obligation nach der Hauptobligation entstehen zu lassen. Darüber s. u. Kap. II.

et summa est, ut, sive unus solvat, omnes liberantur, sive solvatur, liberatio ab altero contingat.

l. 1 § 4 D. de eo per quem 2, 10: Ulpianus libro VII ad edictum. Si plures doloe fecerint, omnes tenentur: sed si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur, cum nihil intersit.

l. 19 pr. D. de noxal. act. 9, 4: Paulus libro XXII ad edictum. Si in re communi mea et tua damnum nobis dederit Titii servus, si cum eo agemus, erit noxali Aquiliae locus, ne damnatus in solidum singulis noxae dedere cogatur. Sed potest dici, quasi unius damnum sit et una obligatio, aut utrisque pecuniam sufferendam aut officio iudicis simul utrisque noxae dedendum: sed etsi alterutri nostrum in solidum noxae deditus fuerit et ob id ab utroque dominus sit absolutus, recte dicitur eum, cui noxae deditus sit, alteri teneri communi dividundo iudicio, ut communicet servum noxae sibi deditum, cum ob rem communem aliquid ad socium pervenerit.

Diese Stellen sind, soviel ich sehe, die einzigen, welche die befreiende Wirkung der Zahlung begründen: nihil interest; una est obligatio, una est summa; quasi unius damnum est et una obligatio. Es fällt sofort auf, dass für die Korrealität wie für die anderen Solidaritätsfälle der nämliche Grund der nämlichen Wirkung angegeben ist: das „cum nihil intersit“ drückt nichts anderes aus, als das „una summa est“. Wenn nach der l. 1 § 3 cit. die Tilgung der sämtlichen Deliktsklagen darauf zurückgeführt wird, dass das Interesse des Gläubigers an diesen Obligationen befriedigt ist, sobald einmal geleistet ist, so fragt es sich, warum diese nur einmalige Leistung diese Wirkung auf die anderen Obligationen ausübt. Aber sofort erhebt sich die weitere Frage, wie das Interesse, welches hier als befriedigt erklärt wird, juristisch zu klassifizieren ist.

Wenn man unter diesem „interesse“ das Erfüllungsinteresse versteht, so muss die Begründung der Zahlungswirkung in der l. 3 § 1 unverständlich bleiben. Das Erfüllungsinteresse ist nicht die Obligation bedingend, sondern durch die Obligation bedingt; es setzt in seiner individuellen Gestaltung eine individuelle Gestaltung der Obligation voraus, aus der es sich als Folge ergibt; es ist also für die Gestaltung der Obligation belanglos. Das Interesse, welches die mehreren Obligationen zu solidarischen

Obligationen macht, kann daher nicht dieses juristische Interesse sein; es kann nur das Interesse sein, welches zur Bildung der Obligation führt.

Wir müssen dabei die Frage anschneiden, welche Bedeutung das Zweckmoment für den Obligationenbegriff hat. Auch hierüber ist bekanntlich Streit. Wenn Hartmann im allgemeinen zugibt, dass das spezielle Zweckmoment im allgemeinen etwas ausserhalb des Begriffs eines Rechtsinstitutes oder Rechtes Liegendes ist,[1]) im besonderen aber doch dann, wenn dem Begriffe ohne jenes Zweckmoment Bestimmtheit und Deutlichkeit fehlen würde, die Heranziehung desselben zu seiner Bestimmung fordert und demgemäss die Obligation nach dem Zwecke, den sie verfolgt, individualisieren will,[2]) nämlich nach dem privaten, insbesondere dem vermögensrechtlichen Interesse des Gläubigers,[3]) so scheint uns Mitteis nicht mit Unrecht einzuwenden, dass der Zweck, wie ihn sich Hartmann vorstellt,[4]) nichts anderes ist als die zu beschaffende Leistung, der Gegenstand und der Inhalt der Obligation selbst,[5]) und es scheint mir weiter nötig, zu behaupten, dass insoweit allerdings das Hartmannsche Zweckmoment Individualisierungsmoment für die Obligation im allgemeinen und die einzelne Obligation im besonderen ist, dass aber damit, insofern aus jeder Obligation auch notwendig ein individuelles Erfüllungsinteresse entspringt, da der Zweck der Obligation eben mit jeder Obligation besonders gegeben ist, für die juristische Betrachtung von verschiedenen Obligationenarten nichts gewonnen ist.

Eine ganz andere Frage scheint mir die zu sein, welche Rolle das ausserhalb des Obligationsbegriffes liegende Zweckmoment für die Dogmatik des Rechtes spielt. Und, sowenig dieses Moment selbst etwas Juristisches ist, so ist es doch nicht ohne juristische Konsequenzen: es ist zwar kein die eine Obligation von der anderen isolierendes, daher individualisierendes, aber ein obligationengestaltendes Moment: es führt zur Korrealität, zur gesetzlichen Solidarität und zum concursus causarum lucrativarum. Das Erfüllungsinteresse ist für die Gestaltung der Obligation belanglos; das Obligierungsinteresse bedingt die juristische Gestaltung der Obligation und mittelbar, durch sie, das Erfüllungsinteresse.

---

[1]) Hartmann, die Obligation S. 37.

[2]) S. 38.

[3]) S. 31.

[4]) S. 45: „als zu erfüllender Zweck gedacht".

[5]) Individualisierung S. 10.

Deshalb, weil der Zweck, den die Parteien mit der Eingehung der Obligation verfolgen, durch ihre juristische Gestaltung erreicht werden soll — so gut und so schlecht dies der jeweilige Stand der Rechtsentwickelung ermöglicht — wird die betreffende Obligation so und nicht anders gestaltet.

So erklärt es sich, warum hier Solidarität, dort Vervielfältigung der Obligation eintritt. Die Solidarität tritt ein, weil die Parteien sie bezwecken. Freilich lässt sich gegen diese Begründung einwenden, dass es sich darum handelt, zu begründen, warum die Parteien diesen Erfolg wollen können. Aber diese Frage scheint uns einer eingehenden Beantwortung nicht zu bedürfen. Jede Obligation beruht auf dem Wollen der Parteien, jede Gebundenheit eines Schuldners, Berechtigung eines Gläubigers auf ihren korrespondierenden Willen. Warum sollen die mehreren Gläubiger und Schuldner nicht statt der Multiplikation, der Teilung, der Novation die Solidarität wollen können? Warum sollen sie an die Schaffung der einzelnen Obligation nicht die Bedingung knüpfen können, dass durch die Leistung von seiten des einen der andere frei werde?

Man wird freilich einwerfen: die Solidarität ist eine Abnormität und bedarf als solche der Begründung. Die Begründung bedarf sie aber, erwidern wir, eben nur, insoweit sie Ausnahme ist. Ausnahme aber ist sie von der regelmässigen Gestaltung der Obligation; diese tritt ein, wenn sie gewollt ist, und bildet die Regel, weil sie in der Regel gewollt ist; die Ausnahme tritt ein, wenn etwas anderes gewollt ist. Wenn der Regel nach „alia atque alia obligatio“ entsteht, so entsteht ausnahmsweise „eadem obligatio“.

Aber vermag die Wirkung, die wir als die wesentlichste Folge der Solidarität ansehen, die befreiende Wirkung der Zahlung, auf den Parteiwillen überhaupt zurückgeführt zu werden? Diese Frage setzt voraus, dass wir uns klar sind über die Art und Weise, wie die solutio der einen Solidarobligation auf die andere wirkt, ein Punkt, über welchen keineswegs die Meinungen übereinstimmen. Wir gehen dabei von der Ansicht aus, dass die Leistung so gut wie die Obligation durch die Person des Leistenden und des Leistungsempfängers mit individualisiert wird, und dass daher keine Rede davon sein kann, dass der eine Schuldner mittelbar für den anderen bezahle, der eine Gläubiger durch die Zahlung an den anderen mittelbar befriedigt werde. Es kann vielmehr u. E. die Wirkung der Zahlung auf die Obligation des

Mitschuldners bezw. Mitgläubigers nicht als Geschäftswirkung, sondern als blosse Reflexwirkung betrachtet werden.[6])

Allerdings fragt es sich dabei, ob die Wirkung der Zahlung in den Fällen der blossen Solidarität die nämliche ist wie bei der Korrealität. In der That hat Unger [7]) die Behauptung aufgestellt, dass sich der prinzipielle Unterschied, den er für die Korrealität und Solidarität annimmt, auch in der Wirkung der solutio äussert: zwar werden in beiden Fällen durch die Leistung des Ganzen von einem Schuldner alle übrigen Schuldner befreit; allein während im Falle der Korrealität diese Wirkung eine direkte und unmittelbare ist und die Schuldner ipso iure befreit werden, ist im Falle der blossen Solidarität der Einfluss der Erfüllung auf die übrigen Obligationen nur ein indirekter, aus der Regel: „bona fides non patitur, ut bis idem exigatur" hervorgehender.[8])

Auf den Ausgangspunkt für diese Ansicht, die Ungersche Korrealitätstheorie, kann hier nicht eingegangen werden, wir werden uns aber noch später mit ihr zu beschäftigen haben (und die Widerlegung derselben, welche wir versuchen werden, wird natürlich für die Beantwortung dieser Frage von Einfluss sein). Einstweilen mag die Bemerkung genügen, dass die Quellen den von Unger gemachten Unterschied hinsichtlich der Wirkung der

---

[6]) Vgl. Ihering in seinen Jahrbb. Bd. X S. 274.

[7]) Iherings Jahrbb. XXII S. 233.

[8]) Über diese Regel vgl. Savigny, System V S. 260 f. und dazu Merkel, Aktionenkonkurs S. 96/97; Affolter, Röm. Institutionensystem I S. 207 f., 276/77; Bekker, Aktionen II S. 9—11, welcher anerkennt, dass die Römer für die Anwendung der beiden Regeln „ne bis de eadem re sit actio" und „bona fides non patitur ne bis idem exigatur" kein Prinzip aufstellen. — Wenn Unger annimmt, dass Arndts, Pand. § 214 mit der Wendung, durch die Erfüllung der einen Solidarobligation werde die andere „gegenstandslos", die nämliche Ansicht habe andeuten wollen (ebenso Windscheid II § 298 zu N. 14), so scheint mir dies auf einem Irrtum zu beruhen. Dieses „Gegenstandsloswerden" soll, nachdem die beiden Schriftsteller als Anhänger der Einheitstheorie für die Wirkung der Zahlung bei den Korrealobligationen keine andere Erklärung nötig zu haben glaubten, als die Einheit der Obligation, erklären, warum diese Wirkung, trotz des Mangels dieser Einheit, bei den Solidarobligationen die nämliche ist. Dass die Wirkung, als die nämliche, unmittelbare, gedacht ist, ergibt sich m. E. schon aus den Worten. „Auch hier werden durch einmalige Leistung alle Schuldner frei" bei Windscheid a. a. O. zu N. 2 und auch Arndts setzt, wenn er sagt, dass durch einmalige Befriedigung des Gläubigers alle anderen Obligationen aufgehoben werden, voraus, dass diese Aufhebung auf dem nämlichen Wege, wie bei den Korrealobligationen, nämlich ipso iure erfolgt.

solutio in keiner Weise ersehen lassen. Wo immer die Quellen von dieser Wirkung bei den Solidarobligationen sprechen,[9]) da wird sie mit den nämlichen Ausdrücken bezeichnet, wie bei den Korrealobligationen; im einen wie im anderen Falle ist das Schlagwort „altero solvente alter liberatur" und es fehlt an jedem Anhalt dafür, dass die „liberatio" im einen Falle auf andere Weise erfolgte, als in dem anderen.

Nebenbei mag bemerkt werden, dass das Anwendungsgebiet der Regeln „bona fides non patitur ne bis idem exigatur" und „ne bis de eadem re sit actio" nur insofern abgegrenzt ist, als die eine dem Zivilrecht, die andere dem prätorischen Rechte angehört; dass es aber im besondern doch keineswegs feststeht, dass die erstgenannte Regel mit den Fällen der sogenannten blossen Solidarität überhaupt etwas zu thun hat. Schwerer aber scheint uns ein Argument zu wiegen, welches wir Unger's eigener Solidaritätstheorie entnehmen. Wenn, was Unger ja anerkennt,[10]) die Solidarität aus „mehreren Obligationen auf denselben Gegenstand" hervorgeht, — wobei für ihn der Gegenstand der Obligation wohl der nämliche ist, wie für uns, nämlich das „dare facere oportere", — so muss doch auch für ihn sich die Folgerung ergeben, dass mit der Leistung, mit der durch sie bewirkten Erfüllung des Zweckes der Obligation, oder mit der Befriedigung des „Obligierungsinteresses", jede der beiden Obligationen gelöst wird, und zwar nicht ope exceptionis, sondern von selbst. Denn was hätte sonst diese Identität für eine Bedeutung? Ergibt sich aber, dass die nämliche Wirkung in beiden Fällen auf der nämlichen Voraussetzung, der Identität der Leistung, beruht, so scheint es uns nur ein Schritt zu der Frage zu sein, ob denn überhaupt ein Grund dafür besteht, diese Gattungen zu unterscheiden.

Indessen haben wir uns noch mit der Identität zu beschäftigen. Die Frage, wie der Vorgang der Tilgung der Korreal- und Solidarobligationen juristisch zu denken sei, hat die Schriftsteller erst in der neuesten Zeit beschäftigt.[11])

Während nämlich die anderen Schriftsteller darüber schweigen, ob die Tilgung der anderen Solidarobligationen ebenso unmittelbar, wie bei der Obligation des Zahlenden selbst, als Zahlung

---

[9]) l. 14 § 15 D. quod metus causa 4, 2; l. 17 pr. D. de dolo malo 4, 3; l. 3 pr. D. si mensor 11, 6; l. 1 § 43 D. depositi 16, 3; l. 7 § 4, l. 8 D. quod falso tutore 27, 6; l. 28 C. de fideiuss. 8, 40 und andere mehr.

[10]) Iherings Jahrb. XXII S. 231 N. 56.

[11]) Eisele Archiv f. civ. Prax. 77 S. 458 f.; Geib, Bürgschaftsrecht S. 69

zu behandeln sei, wird diese Wirkung von Geib für die Korrealität bejaht, für die Solidarität verneint, von Eisele für die letztere gleichfalls verneint, während er sich über die Frage hinsichtlich der Korrealobligation nicht ausdrücklich erklärt.

Aus den Quellen ist eine unmittelbare Beantwortung dieser Frage nicht zu schöpfen. Die Stellen, die Geib für seine Meinung anzieht, dass mit der einen auch die anderen Korrealobligationen bezahlt werden,[12]) enthalten nur die Bemerkung, dass una res, una obligatio, una summa vorhanden ist und dass daher durch die Zahlung von seiten des einen auch alle anderen Schuldner befreit werden. Aber dass durch die Zahlung der einen Forderung auch alle anderen bezahlt werden, sagen sie nicht.

Ebensowenig kann aus dem Begriffe der Solidarität die Beantwortung der Frage entnommen werden. Ist auch die Identität der Leistung keine bloss aus praktischen Gründen vorgestellte, sondern eine wirkliche, so ist doch damit in keiner Weise gesagt, dass diese Identität bewirkt, dass die Leistung an den einen Schuldner Leistung an den anderen sei; im Gegenteil, es könnte diese Folgerung nur dann dem Solidaritätsbegriff entnommen werden, wenn die Identität eine absolute wäre, eine Identität, die nur bei der elementaren Obligationeneinheit vorhanden, bei einer — irgendwie beschaffenen — Obligationenmehrheit aber undenkbar ist.

Es bleibt daher nur übrig, den Begriff der Zahlung heranzuziehen. Zahlung aber ist immer die Erfüllung einer Verbindlichkeit für den Schuldner, sei es durch den Schuldner selbst oder einen anderen, behufs ihrer Tilgung.[13])

Hieraus aber ergibt sich sofort, dass, wenn auch die Obligationen der Mitschuldner infolge der Zahlung untergehen, die causa dieses Unterganges keineswegs die Zahlung ist. Es hiesse mit einer Fiktion operieren, wollte man dem correus und Solidarschuldner die Vorstellung oder gar den Willen unterschieben, durch seine Leistung nicht nur seine, sondern auch seiner Mitschuldner Verbindlichkeiten zu lösen. Es kann sich daher hier nicht anders verhalten, wie bei der einfachen Obligation: Bezahlt wird nur die Schuld des Schuldners, der leistet, die Forderung des Gläubigers, an welchen die Leistung erfolgt.[14])

---

[12]) § 1 J. h. t. 3, 16; l. 3 § 1 D. h. t. 45, 2.

[13]) Windscheid, Pand. II § 342 Z. 1; Dernb. II § 151 Z. 1.

[14]) Man kann daher behaupten, dass dann, wenn die Zahlung die causa des Unterganges der anderen Obligationen sein müsste, diese im Falle der

Hieran kann offenbar die Natur der Obligation nicht das mindeste ändern: man kann die Einheit der Korrealobligation wie immer begründen, ohne dass diese die rechtsgeschäftliche Natur der Zahlung modifizieren könnte. Wenn es unmöglich ist, Zahlung in der Befreiung aller Solidarschuldner zu sehen, weil die Zahlung als rechtsgeschäftlicher Vorgang eben nur unter den Personen erfolgt, welche sie ·vornehmen, so kann der Grund, warum dieser rechtsgeschäftliche Vorgang über diese Personen hinauswirkt, nur in der Natur eine Beziehung dieser Personen zu anderen liegen; mit anderen Worten: Während die Obligation des einen untergeht, weil sie bezahlt worden ist, erlöschen die Obligationen der anderen, weil sie gegenstandslos geworden sind.

Den Nachweis dafür können wir — abgesehen von der Natur der Zahlung — hinsichtlich der Korrealobligationen nicht durch ein direktes Quellenzeugnis erbringen; hinsichtlich der „blossen Solidarität" ist er u. E. durch die l. 1 § 1 D. 2, 10 geliefert; die Befreiung der Mitschuldner durch die Leistung von seiten des einen Schuldners erfolgt, „cum nihil intersit". Aber man darf dabei nicht unbeachtet lassen, dass niemals die Quellen die Tilgung der Obligationen sämtlicher Korrealschuldner darauf zurückgeführt wird, dass alle Obligationen geleistet wären, sondern immer wird hervorgehoben: zwar alle werden befreit, aber die causa solutionis ist nur in der Person des Leistenden vorhanden.[15])

Damit scheint es uns hinreichend erwiesen, dass die solutio bei den Korrealobligationen nicht anders wirkt, als bei den blossen Solidarobligationen, und dass diese Gleichheit der Wirkungen auf

---

solutio bestehen bleiben würden, wie bei der einfachen Obligation, wenn nicht animo solvendi geleistet ist. Vgl. l. 31 pr. D. de hered. petit. 5, 3; l. 38 § 2 i. f. de solut. 46, 3; l. 19 § 1; l. 65 § ult. D. de cond. indeb. 12, 6; l. 5 C. cod. 4, 5, u. a. m. — Natürlich steht nichts im Wege, dass der eine Solidarschuldner nicht für sich, sondern für den anderen erfüllt. Vgl. l. 47 D. de cond. ind. 12, 6 und Geib, Bürgschaftsrecht S. 52. Aber wie dann, wenn der fideiussor für den Hauptschuldner leistet, seine eigene Verpflichtung nicht durch ihre Erfüllung, sondern infolge des Untergangs der Hauptobligation untergeht (Geib. S. 71), so geht dann, wenn der correus für seinen Mitschuldner zahlt, zwar auch seine eigene Schuld unter, aber nicht durch Zahlung, sondern infolge Zahlung der anderen Schuld.

[15]) Vgl. die Stellen oben S. 28f. — Eine Stütze erhalten diese Ausführungen durch die Wirkung der Acceptilation, welche ausdrücklich als Reflexwirkung bezeichnet wird. l. 16 D. de acc. 46, 4: non quoniam ipsis accepto latum est.

eine Gleichheit der Voraussetzungen zurückzuführen ist, wird nunmehr wenigstens nicht kurz von der Hand gewiesen werden können.

Diese Gleichheit der Voraussetzungen haben wir nunmehr noch aus den Quellenzeugnissen darzulegen. Wir haben schon oben[16]) behauptet, dass die Quellen die Wirkung der Zahlung bei der Korrealität in der nämlichen Weise begründen, wie bei der Solidarität. Die Obligationen auf Schadenersatz aus einer von mehreren begangenen unerlaubten Handlung gehen durch einmalige Zahlung unter, weil das Interesse des Gläubigers befriedigt ist. Die Obligationen auf Leistung einer Sache auf Grund korrealer Verbindlichkeit gehen mit einer Leistung unter, weil in sämtlichen Obligationen una res vertitur, una summa est. Die Quellen machen mit diesen Worten keinen sachlichen Unterschied, sie setzen nur bei den Korrealobligationen die Wirkung, bei den Solidarobligationen die Ursache: deshalb, weil das Interesse des Gläubigers dahin geht, eine einmalige Leistung zu erhalten, ist in den mehreren Obligationen una res, una summa vorhanden. Diese letzteren Ausdrücke beweisen, dass die Römer die Korrealobligationen auf die Identität der Leistung gegründet haben; das „cum nihil intersit" gibt den Grund dieser Identität an.

Freilich will Unger[17]) die l. 3 § 1 D. h. t. 45, 2 „cum una sit obligatio, una et summa est" so verstehen, dass aus der Kollektiveinheit der Korrealität die Einheit ihres Gegenstandes sich von selbst ergebe; und anscheinend gibt ihm der Wortlaut der Stelle recht. Aber zunächst muss bemerkt werden, dass es sich für die römischen Juristen hier sowohl, wie bei anderen Stellen, welche die Einheit der Obligation behandeln,[18]) nicht um die Begründung der Litiskontestationswirkung handelt, was allein ein Beweis dafür wäre, dass mit der „una obligatio" eine Besonderheit der Korrealobligation hervorgehoben werden sollte, sondern um die Begründung der Wirkung der Zahlung, welche, wie wir gesehen haben, bei den Solidarobligationen die nämliche, wie bei den Korrealobligationen ist. Hieraus aber scheint sich mir die Folgerung zu ergeben, dass entweder die Obligationeneinheit als Charakteristikum der Solidarität betrachtet wurde; dann werden wir uns fragen müssen, worin die fragliche Einheit

[16]) S. 33.
[17]) Iherings Jahrb. XXII S. 229; vgl. Samhaber S. 85, 86.
[18]) § 1 J. h. t; l. 19 D. de nox. act. 9, 4 u. a. m.

besteht; — oder „una obligatio“ muss einen anderen Sinn haben, es bezeichnet die Ursache, nicht die Wirkung, den Obligierungsvorgang.[19]) Man wird nicht in Abrede stellen können, dass diese Auffassung dem Zusammenhang der Stelle vollkommen gerecht wird; denn nach Ausscheidung des Satzes „et partes autem — petere possumus,“ welcher in jedem Falle als Parenthese anzusehen ist, handelt die Stelle von der solidarischen Verpflichtung, die darin besteht, dass von einem der Schuldner das Ganze gefordert werden kann. Dies soll darauf beruhen, dass nur ein Obligationsgegenstand vorhanden ist, und dieser auf der „una obligatio“ = una stipultio, auf der Einheit des im pr. J. h. t. geschilderten Aktes. Der Gedankengang ist dann in dieser Stelle der nämliche, wie in der Institutionenstelle; bei letzterer wird alia atque alia obligatio darauf zurückgeführt, dass alia atque alia stipulatio ist, und mit der alia atque alia obligatio soll gesagt sein, dass den begründeten Obligationen das gemeinsame, sie verbindende Moment fehlt, die Einheit des Gegenstandes.

Indessen wollen wir diese Erklärung nur als möglich bezeichnen und die andere Eventualität, dass obligatio nicht den Vorgang, sondern seinen Erfolg bezeichnet, betrachten. Dann stehen wir vor der Alternative, dass die befreiende Wirkung der Zahlung entweder auf der Einheit der obligatio beruht — und in diesem Falle müssten wir diese Einheit auch bei der Solidarität annehmen, oder dass die Einheit eine Besonderheit der Korrealität bildet — dann kann die Wirkung der Zahlung nicht auf diese Einheit zurückzuführen sein. Da aber der Jurist gerade diese Wirkung auf die Einheit zurückführt, so ist sein Schluss entweder falsch, oder er hat in der Korrealität die Solidarität vor Augen. Dass man sich für die letztere Alternative zu entscheiden hat, wird nicht zweifelhaft sein können.

Nun fragen wir aber, worin diese Einheit der Solidarobligation gefunden werden kann. „Logisch unmöglich ist, dass eins zwei sei“; diesen Satz Bekkers[20]) können wir nur unterschreiben. Aber muss denn die Einheit eine absolute Einheit, eine Einheit der Obligation sein; kann sie nicht auch eine Einheit der Obligationen sein? Mit andern Worten: wenn die Einheit der Obligation nicht absolut verstanden werden kann, weil dies dem römischen Obligationsbegriff widerspricht, weil die römische Obli-

---

[19]) So Landucci S. 105f.

[20]) Prozessualische Konsumtion S. 226.

gation als Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner durch diese Personen individualisiert wird, so kann man doch von „una obligatio“ im relativen Sinne reden, und diese Bezeichnung ist, richtig genommen, sogar eine recht treffende. Man muss nur von dem Sinne absehen, den wir dem Worte „Obligation“ unterlegen, in welchem für uns nichts weiter, als die Bindung des Schuldners an den Gläubiger zum Ausdruck kommt. Für den Römer war obligatio, als eine seiner Sprache entnommene Bezeichnung, ein viel materiellerer und dehnbarerer Begriff, es ist ein obligatorisches Band, welches gerade so mehrere Schuldner, wie einen, dem Gläubiger verbinden kann, aber es ist nicht eine Obligation. Wir geben Unger zu, dass bei der Korrealität eine Einheit in der Vielheit, ein Kollektivganzes, vorhanden ist,[21]) aber wir behaupten, dass es nicht nur bei der Korrealität, sondern auch bei der Solidarität vorhanden ist, und dass diese Einheit nicht selbst Obligation, sondern nur ein rechtlicher Gesamtbegriff einzelner Obligationen ist.

Das die einzelnen Obligationen verknüpfende Band ist keine mystische Grösse, sondern etwas ganz Materielles, die Einheit des Gegenstandes, die auf der Einheit des Obligationszweckes beruht. Die mehreren Obligationen erscheinen mit Rücksicht auf die Einheit des Zweckes als Einheit und diese Einheit kommt in der Einheit des Gegenstandes zum Ausdruck. Das „cum una sit obligatio, una et summa est“ bedeutet: da die Obligation mit Rücksicht auf ihren Zweck eine Einheit ist, hat sie auch nur einen Gegenstand. Darin, dass die Wirkung der Zahlung in der l. 3 § 1 h. t. auf die una summa und diese auf die una obligatio zurückgeführt wird, sehe ich den schlagendsten Beweis dafür, dass die Identität des Gegenstandes der Obligation die Grundlage der Solidarität, die Identität des Obligationszweckes die Grundlage jener Leistungsidentität bildet. —

Worauf die Identität der Leistung, des Obligationszweckes zurückzuführen ist, haben wir bisher nur bei den Korrealobligationen ausgeführt: der Parteiwille, der jenen Zweck zur Richtschnur nimmt, identifiziert die Obligationen in Bezug auf ihren

[21]) Iherings Jahrb. XXII S. 211 ff. Ähnlich Barons Korrealitätstheorie. Gegen Ungers Kollektivobligation mit Recht Hölder, Festschrift für Scheurl S. 32. Die Replik Ungers Iherings Jahrb. XXIII S. 106 f. lässt den Gedanken, dass mehrere Obligationen eine Obligation im technischen Sinne bilden können, nicht berechtigter erscheinen. Gegen Unger auch Eisele Archiv 77 S. 394—396.

Gegenstand. Es soll keine geteilte Obligation eintreten; daher wird jeder Schuldner auf ein Ganzes verpflichtet; es soll aber auch keine Multiplikation eintreten, daher jeder Schuldner auf das nämliche Ganze haftet. Der Gläubiger ist bei dieser Identifizierung der massgebende Faktor; er erklärt, dass er die Leistung, einerlei ob von diesem oder von jenem Schuldner, nur einmal empfangen will; wie für den Gläubiger es gleichgültig ist, ob der eine oder der andere leistet, so ist es für die juristische Individualität der Leistung gleichgültig, ob sie von diesem oder von jenem erfolgt; denn der Gläubiger hat auf ein sonst sehr erhebliches Individualisierungsmerkmal verzichtet. Bei der Solidarität wird die Leistung nicht sowohl durch das einzelne schuldnerische Individuum, als vielmehr durch die Gesamtheit der verpflichteten Personen, im Gegensatz zu dritten Personen, individualisiert. M. a. W.: Wenn auch regelmässig die Person des Schuldners eines der Individualisierungsmomente der Leistung und der Obligation ist, so trifft dies doch dann nicht zu, wenn dem Interesse des Gläubigers ohne dieses Moment genügt wird. Ist letzteres der Fall, dann kommt es juristisch nicht darauf an, ob Seium oder Titium dare oportet: die beiden Leistungen werden als identisch behandelt.

Aber, wird man einwenden, wenn diese Auffassung bei der auf Vertrag beruhenden Solidarität gerechtfertigt sein kann, weil hier wirklich die Obligation auf den Willen der Vertragschliessenden zurückgeführt werden kann, wie verhält sich dies mit den anderen Solidarobligationen?

Nehmen wir die testamentarische Solidarität vorweg, so können sich kaum Bedenken dagegen erheben, dass die Sache bei ihnen genau ebenso gelagert ist, wie bei den vertragsmässigen Solidarobligationen. Der Testator, welcher erklärt: „Lucius Titius heres meus aut Maevius heres meus decem Seio dato“,[22]) erklärt damit deutlich, dass Seius die 10 nur einmal erhalten soll, dass aber jeder der beiden Erben oneriert ist, und dass es dem Belieben des Legatars überlassen sein soll, die Leistung von Titius oder Sempronius zu fordern: die Person des Schuldners spielt keine Rolle hinsichtlich der Identität der Leistung. Dieser Gedanke der subjektiven Indifferenz, wenn ich so sagen darf, scheint mir in der Formel „Titius aut Maevius“ vorzüglich zum Ausdruck zu kommen, denn es liegt allerdings in der Solidarität, nicht

[22]) l. 8 § 1 D. de leg. I°.

nur in der Korrealität, ein alternatives Element;[23]) nur muss man sich hüten, deshalb die Solidarität als „subjektiv-alternative Obligation“ [24]) zu bezeichnen; weil es mindestens problematisch ist, aus dieser Auffassung Konsequenzen abzuleiten. Vielmehr ist Solidarität für die Subjekte, was Alternativität für die Objekte ist: beide Objekte sind geschuldet, aber nur alternativ geschuldet: nur eines ist zu leisten, gleichgültig aber, welches. [25]) Und ebenso ist es bei alternativer Honorierung mehrerer Personen: auch in dem „Titio aut Seio, utri heres vellet“ ist die persönliche Indifferenz der Solidargläubiger zum Ausdruck gebracht. [26])

Anders scheint die Sache bei den gesetzlichen Solidarobligationen zu liegen. Darüber, dass die Solidarhaftung mehrerer Delinquenten weder auf ihren, noch auf den Willen des Verletzten zurückgeführt werden kann, wird man sich nicht im Zweifel befinden. Was aber soll dann die Identifizierung, in der wir das Wesen der Solidarität erblicken, hervorrufen?

Indessen ist es uns nicht zweifelhaft, dass der innere Grund der gesetzlichen Solidarität kein anderer ist, als der der Korrealität.

Dabei glauben wir freilich in diesen Fällen unterscheiden zu müssen — im Anschluss an Brinz — zwischen solidarischen Haftungen und Schulden. [27]) Nur bei den letzteren können wir von Identität des Gegenstandes sprechen; insofern nämlich die Obligation eine blosse Haftung ist, d. h. darin besteht, dass die Obligierten sich in einem Zustand der Gebundenheit befinden, welchen sie nicht willkürlich beendigen können und aus welchem möglicherweise Verbindlichkeiten und Schulden für sie entstehen, ist von Solidarität in unserem Sinne keine Rede. Solche Haftung ist vielmehr dann solidarisch, wenn sie hinsichtlich des nämlichen Gegenstandes mehreren Personen in gleicher Weise ein bestimmtes Verhalten auflegt, aus dessen Nichtbeachtung möglicherweise einer, möglicherweise alle Schuldner dereinst in solidum verpflichtet werden. Diese solidarische Haftung besteht z. B. unter mehreren Tutoren, von denen jeder verbunden ist, die Vormundschaft mit den anderen ungeteilt zu führen; die Elemente sind

---

[23]) Windscheid, Pand. II § 293 N. 1.

[24]) Wie Fitting u. vor ihm Koch, Girtanner u. a. gethan haben.

[25]) Gegen Fitting vgl. Brinz kritische V. Jschr. XVI S. 6 ff.

[26]) l. 16 D. de leg. II°.

[27]) Brinz, Pand. II § 232.

bei dieser Solidarität, für die man besser einen anderen Terminus erfinden sollte, die Ungeteiltheit der Geschäftsführung und die Identität der Geschäftsführung in objektiver Hinsicht; aber so sehr die Tutoren von Anfang an in solidum obgligiert sind, so wenig sind sie von Anfang an Solidarschuldner, da es zweifelhaft ist, ob sie überhaupt, und ob sie solidarisch verschuldet werden. Solidarische Haftung ist die Gebundenheit mehrerer Personen zu gemeinsamem Sichverhalten; aus dem Verhalten erst entstehen möglicherweise Solidarobligationen in unserem Sinne.

Was aber diese letzteren betrifft, so sind sie ausnahmslos Obligationen auf Schadenersatz. Da das Interesse des Gläubigers durch den angerichteten Schaden bestimmt und begrenzt ist, kann nur die Tilgung dieses Schadens den Gegenstand der Obligationen bilden. Dieser Gesichtspunkt bewirkt zwar die Solidarität noch nicht, aber er begründet wenigstens einen ihrer Faktoren.

Der andere Faktor der Solidarität, die Ganzhaftung, beruht auf einem anderen Moment: obwohl der einzelne Schuldner den entstandenen Schaden möglicherweise nur zum Teil oder nur gemeinsam mit anderen verursacht hat, lässt das Recht die einzelnen nicht pro rata haften, sondern in solidum, wobei es dahingestellt bleiben kann, ob die in der Solidarität liegende Ganzhaftung etwas „durchaus natürliches" ist;[28]) jedenfalls lässt das Recht den Mitthäter auch da, wo er nur zum Teil causal geworden ist, wenn er nur überhaupt causal geworden ist, für den Erfolg g a n z haften, und zwar von dem ganz richtigen Gesichtspunkt aus, dass in der Regel der gemeinsam herbeigeführte Erfolg jedem ganz zuzurechnen ist, wenn seine Teilnahme den Erfolg erst ermöglicht hat, und dass anderseits keine Veranlassung besteht, das Interesse des Delinquenten auf Kosten des Geschädigten allzusehr zu betonen.

Diese Ganzhaftung wird zur Solidarhaftung herabgemindert durch die Identität des geschuldeten Gegenstandes. Die gesetzlichen Solidarobligationen verfolgen den Zweck, den angerichteten Schaden wieder gut zu machen; wenn die Notwendigkeit, dass der Schaden e r s e t z t werde, die Teilhaftung zur Ganzhaftung steigert,[29]) bewirkt der Umstand, dass ein S c h a d e n ersetzt werden soll, dass die Ganzschuld zur Solidarschuld herabgemindert wird.

[28]) Wie Crome in Iherings Jahrb. XXXV S. 102 annimmt.
[29]) l. 2, 3 D. 9, 3.

M. a. W.: Die Solidarobligationen tragen das Moment, welches die Leistungen der verschiedenen Schuldner identifiziert, in sich selbst. Bei der Korrealität muss dieses Moment erst in die Obligationen hineingetragen werden; die Leistung des Stichus oder der 100 aurei u. s. w. ist bei aller Kausalität des zu Grunde liegenden Geschäftes doch insofern etwas Abstraktes, als sie allein mehrere auf diese Leistung gerichtete Obligationen noch nicht in irgend eine rechtliche Beziehung bringt; eine Delikts- oder Quasideliktsobligation auf Schadenersatz ist von vornherein bestimmt, insofern zu der Causa der Obligation (Delikt) das Zweckmoment tritt (Schadenersatz), welches von selbst die eine Obligation mit der anderen verbindet. Die Leistung des Stichus oder der centum aurei ist beliebig oft denkbar: der Ersatz des angerichteten Schadens nur einmal.

Hierin liegt das die Obligationen identifizierende Moment: und die Korrealität unterscheidet sich von der Solidarität nur dadurch, dass die Korrealität der künstlichen Schaffung dessen bedarf, was bei der Solidarität von vornherein gegeben ist. —

Ein Gegenargument gegen diese Anschauung möchte man vielleicht in dem concursus duarum causarum lucrativarum zu finden glauben, insoferne es sich um eine Mehrheit von Schuldnern handelt. Infolgedessen muss auf diese Frage kurz eingegangen werden.

Wenn eine Person aus lukrativem Titel von mehreren die nämliche Sache ungeteilt zu fordern hat, so geht durch die vollständige Erfüllung der einen Obligation auch die andere unter.[30]:

> l. 66 § 1 D. de leg. II°: Papinianus libro XVII quaestionum: Duorum testamentis pars fundi quae Maevi est, Titio legata est: non ineleganter probatum est ab uno herede soluta parte fundi, quae Maevii fuit, ex alio testamento liberationem optingere ...
>
> l. 53 § 2 D. de leg. I°: Ulpianus libro XXV ad Sabinum: Si quis duos heredes scripserit et damnaverit unumquemque solidam rem legatario praestare, idem est atque si duobus testamentis legatum esset ..
>
> l. 108 § 4 D. eod.: Africanus libro V quaestionum: Stichus quem de te stipulatus eram Titius a te herede mihi legavit: siquidem non ex lucrativa causa stipulatio

---

[30]) Über l. 34 § 2 D. de leg. I° vgl. Hartmann, Obligation S. 91; Sell concursus duar. caus. lucr. S. 112 ff.

intercessit, utile legatum esse placebat, sin e duabus, tunc magis placet inutile esse legatum, quia nec absit quicquam nec bis eadem res praestari possit.

l. 17 D. de O. et A. 44, 7: Julianus libro XXXIII digestorum: Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.

Wir haben also in solchen Fällen mehrere Schuldner, welche die nämliche individuell bestimmte Sache einem Gläubiger in der Weise schulden, dass durch die Leistung von seiten des einen auch die anderen Schuldner befreit werden.

Man wird nicht in Abrede stellen können, dass hier ein Fall von Solidarität gegeben ist.[31])

Fragen wir nach dem Grunde dieser Solidarität, so ergibt das argumentum e contrario aus dem concursus causarum onerosarum und dem concursus causae onerosae cum causa lucrativa, dass er nur in der Unentgeltlichkeit der causae der mehreren Obligationen beruhen kann. Dass die nämliche Sache geschuldet wird, genügt für die Solidarität hier so wenig wie in allen anderen Fällen.

Für den Fall der l. 53 § 2 cit. ist die Beantwortung der Frage ohne Schwierigkeit: Daraus, dass der nämliche Testator den beiden Erben das nämliche Vermächtnis zu gunsten der nämlichen Person aufgelegt hat, lässt sich folgern, dass es die Absicht des Testators war, die Liberalität dem Vermächtnisnehmer nur einmal zukommen zu lassen, mit anderen Worten: eine Solidarobligation zu begründen. Geradeso, wie wenn der Testator nur einem Erben, aber an verschiedenen Stellen des Testamentes das Vermächtnis aufgetragen hat.[32])

Ganz anders liegt die Sache dann, wenn aus „duobus“, also „duorum“ testamentis die nämliche Sache geschuldet wird. In diesem Falle, wo doch aus der Thatsache, dass die nämliche Sache den Gegenstand der Liberalitäten bildet, gerade der Schluss gezogen werden darf, dass die Verfügung des einen unabhängig von der des anderen, wohl ohne Wissen des anderen, ergangen ist, wird dieser präsumierte Parteiwille, der als das massgebende Prinzip beim concursus duarum causarum lucrativarum gerade

[31]) S. Eisele, zur Lehre von der Klagenkonkurrenz (Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 79) S. 370.

[32]) l. 66 § 5 i. f. D. de leg. II°: „non saepius eandem rem eidem legare, sed loqui saepius. Sell, concursus caus. lucr. S. 73 ff.



in neuerer Zeit eine hervorragende Rolle spielt,[33]) keine Existenzberechtigung haben können. Und dennoch entscheidet die l. 66 § 1 D. de leg. II⁰ diesen Fall ganz ebenso wie die l. 53 § 2 D. de leg. I⁰ den vorher besprochenen.

Die von Arndts gegebene Begründung des concursus damit, dass „der Vermächtniswille darauf gerichtet sei, dass der Bedachte die Sache unentgeltlich erhalte“, und dass, „wenn dieses Ziel auf anderem Wege erreicht werde, dies genüge“, ist denn auch m. E. mehr Umschreibung, als Erklärung dieser so erklärungsbedürftigen Erscheinung. Anderseits kann man auch Windscheid nicht zustimmen, nach dessen neuerer Ansicht „der das Forderungsrecht setzende Wille dasselbe nur zu dem Ende gesetzt hat, damit der Gläubiger erhalte, was er nun hat, also das Forderungsrecht für den Fall, welcher nun vorliegt, nicht gewollt ist.“ Denn sosehr diese Meinung gegen die von Arndts vertretene fortgeschritten und vertieft ist, insofern sie zu begründen sucht, warum dieser „bedingte“ Obligierungswille hier und nicht auch anderswo angenommen werden darf, so läuft sie doch m. E. geradezu auf eine Fiktion hinaus. Angesichts des von Windscheid wenige Zeilen weiter unten gemachten Zugeständnisses, dass die Handlung des Schuldners ein dem Begriff der Obligation nicht unwesentliches Moment ist, enthält überdies dieser Erklärungsversuch einen inneren Widerspruch. In der That ist es auch eine blosse Behauptung, dass der Verfügende diesen beschränkten Willen habe, den Windscheid ihm unterlegt; denn es spielt der concursus causarum lucrativarum im Rechtsleben kaum eine solche Rolle, dass der Testator überhaupt die Möglichkeit anderweitigen lukrativen Erwerbes der vermachten Sache bedenken wird, und es wird anderseits gerade als regelmässiger Wille des Testators angenommen werden dürfen, dass der Honorierte das Vermächtnis aus seinem, des Testators, Vermögen erhalte. Es lässt sich daher bei diesen Obligationen kein Grund, sie anders als andere Obligationen zu behandeln, erkennen. Andere Obligationen aber gehen durch die Leistung der geschul-

[33]) Arndts bei Glück, 46. Teil S. 249 ff., insbes. S. 257, S. 289; Windscheid, Pand. II § 343 a N. 6; Mitteis, Individualisierung der Obligation S. 12 ff. Anders Hartmann, Obligation S. 62 ff., der das Zweckmoment hereinzieht; F. Mommsen, Beiträge zum Obligationenr. I S. 255 ff. (Unmöglichkeit); Dernburg II § 68; Baron S. 352; Sell S. 5—11 (aequitas); Karlowa, R. R.Gesch. II S. 835 ff.; Brinz, Pand. II § 292.

deten Sache seitens eines dritten nicht unter, es sei denn, dass die Leistung pro debitore, also animo intercedendi erfolgt.

Auch die Erklärung Dernburgs scheint mir die Frage nicht zu beantworten. Wenn der Gläubiger, dem eine Sache aus lukrativem Titel geschuldet wird, dieselbe auf einen anderen liberalen Titel hin erwirbt, so geht seine Forderung aus dem ersten Titel unter, weil die Sache, die er bereits zu eigen hat, ihm nicht mehr übereignet werden kann, und ihm nicht Ersatz zu leisten ist, weil er nichts für sie ausgelegt hat.[34]) Nur der erste Satz ist richtig; den zweiten wird man nicht gelten lassen können. Denn wenn auch „res amplius quam semel praestari non potest", so ist doch die Klage aus der zweiten causa lucrativa nicht „Ersatz"-, sondern Erfüllungsklage, wie sich daraus ergibt, dass auch sonst bei nachfolgender subjektiver Unmöglichkeit der Erfüllung nicht der durch den nicht erfüllten Vertrag entstandene Nachteil, sondern das Erfüllungsinteresse zu vergüten ist. Dass ein solches Erfüllungsinteresse auch bei einer Obligation ex causa lucrativa besteht, wird man nicht bestreiten; ebenso, dass dann, wenn die aus einem Damnationslegat geschuldete Sache — der Fall der l. 52 § 3 D. cit. — nachträglich in das Eigentum des Legatars kommt, immer noch auf „rem dare oportere" geklagt werden kann.[35]) Es ist aber kein Grund vorhanden, weshalb dieses „dare oportere" nicht auch dann angesprochen werden könnte, wenn dieser nachträgliche Erwerb der legierten Sache auf einer anderen causa lucrativa beruht; das „nec bis eadem res praestari possit" der l. 17 D. de O. et A. 44, 7 kann daher nicht die Bedeutung haben, dass mit diesen Worten der concursus causarum lucrativarum als blosse Konsequenz geltender Rechtsnormen bezeichnet werden sollte.

M. E. ist dann auch jeder Versuch, den concursus causarum lucrativarum als Anwendung, nicht als Ausnahme von Rechtsnormen zu betrachten, verfehlt.[36]) Nimmt man die beiden Obligationes ex causa lucrativa als vorhanden an, so besteht kein Grund, warum dieser concursus anders behandelt werden sollte als der ex causis onerosis. Denn sobald jemand eine Obligation erwirbt, entsteht für ihn ein Interesse an der Erfüllung dieser

---

[34]) An Dernburg sich annähernd: Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse 1897, S. 227.

[35]) Vgl. Rudorff bei Puchta, Instit. II § 321 N. q.

[36]) Was — nebenbei bemerkt, für unser B. Gesetzbuch von Wichtigkeit ist.

Obligation, ein Interesse, dass er die geschuldete Sache gerade auf diese Forderung, und nicht aus einem anderen Grunde erhalte.

Freilich haben wir oben gesehen, dass nicht das Erfüllungsinteresse die Solidarität, sondern dass umgekehrt die Solidarität das Erfüllungsinteresse bestimmt und dass jene wieder durch das Obligierungsinteresse bestimmt wird. Aber gerade diese Begründung der Solidarität aus dem Obligationszweck scheint uns beim concursus duarum causarum lucrativarum völlig zu versagen. Hartmann freilich will auch in diesem Falle den Untergang der Obligationen durch die Erfüllung der einen Obligation „auf die Befriedigung des identischen Vermögensinteresses, zu dessen Sicherung die Obligation diente, und auf den dadurch bewirkten Wegfall ihres Zweckes" zurückführen.[37]) Aber das scheint uns eben unmöglich zu sein, zu behaupten, dass ein identisches Vermögensinteresse hier vorliegt, weil die verschiedenen Obligationen, die nichts anderes, als den Leistungsgegenstand, und diesen nur durch Zufall, gemein haben, eben keinen gemeinsamen Zweck verfolgen. Wenn Hartmann sagt[38]), dass eine Obligation „durch die volle Befriedigung des ihr zu Grunde liegenden Interesses und die damit gegebene Erreichung ihres Zweckes selbst dann erlischt, wenn dieser Erfolg auch nicht aus ihr und auf sie selbst hin eintrat, sondern aus anderem, selbständigem Rechtsgrunde", so ist dieser Satz entschieden mit dem positiven Recht in Widerspruch, denn er müsste namentlich zum concursus causae onerosae cum causa lucrativa führen. Und das Interesse an der einen Obligation ist nicht identisch mit dem an der anderen; es fehlt an jedem Moment, welches dieses Interesse für beide Obligationen solidarisch macht. Bei der Vertragssolidarität ist es der Parteiwille, bei der gesetzlichen Solidarität die juristische Natur der Obligation, welche die Identifizierung bewirkt: das eine wie das andere Moment sind hier in gleicher Weise unauffindbar. Das Ergebnis ist, dass ein innerer Grund für den concursus causarum lucrativarum n i c h t besteht.

Eine andere Frage ist, ob ein l e g i s l a t i v e r Grund dazu führt, von diesen Erwägungen abzusehen und eine Ausnahme von der Regel, dass der Schuldner nur durch die Erfüllung s e i n e r Verbindlichkeit frei wird, zuzulassen. Die Untersuchung dieser Frage führt uns zur Erkenntnis der exzeptionellen Natur

---

[37]) Die Obligation S. 62.

[38]) eod. S. 69.

des concursus causarum lucrativarum und gibt uns zugleich eine Bestätigung unserer Auffassung vom Wesen der Solidarität.

Beachtet man, dass die römischen Quellen den concursus caus. lucr. auf die Tradition zurückführen[39]) und ihn nicht zum Gegenstand der Diskussion, sondern der Interpretation machen,[40]) so kann das „quia nec bis eadem res praestari potest nec absit quicquam debitori" der l. 17 D. de O. et A. nicht als juristische, sondern muss als rechtspolitische Begründung angesehen werden. Für den Gesetzgeber gibt es nach erfolgter Tradition der Sache ex causa lucrativa ein dare oportere aus anderer causa lucrativa nicht mehr, und für ihn, der höhere und allgemeine Interessen auszugleichen hat, ist es richtig, dass dem Gläubiger, der ex alia causa lucrativa die Sache erhalten hat, nihil abest. Nur für den Gesetzgeber kommt der Unterschied in Betracht, der zwischen dem Konkurs oneroser und lukrativer Obligationen besteht. Während im ersteren Falle die Entgeltlichkeit der Geschäfte verbietet, Solidarität anzunehmen, weil der Gläubiger den Gegenwert für seine eine Leistung verlieren würde, die ökonomischen Zwecke der konkurrierenden Obligationen also gar nicht erfüllt werden würden, schlägt ein solches Bedenken bei mehreren Obligationen aus lukrativer causa nicht durch, weil diese Obligationen einen Zweck im eben gebrauchten Sinne gar nicht verfolgen. Am klarsten zeigt sich dies beim concursus causae lucrativae cum causa onerosa: Auch hier tilgt nicht einmalige Erfüllung die beiden Obligationen, liegt also bei Mehrheit der Schuldner keine solidarische Verbindlichkeit vor. Zweifellos deshalb, weil bei nur einmaliger Leistung wohl das „bis eadem res praestari non potest", nicht aber das „nihil abest", zutrifft; dann wurde der onerose Vertrag erfüllt, so hat der Gläubiger keinen lukrativen Erwerb gemacht; ist der lukrative Titel erfüllt, so steht dem Gläubiger noch das Entgelt für seine Leistung aus dem onerosen Geschäfte aus. Dies ist der richtige Kern der Ansicht Dernburgs wie derjenigen Hartmanns; aber man muss sich hüten, als Rechtsanwendung zu betrachten, was den allgemeinen Rechtsregeln widerspricht.[41])

Denn mit dem Vorstehenden ist der concursus causarum lucrativarum noch keineswegs hinreichend begründet. Vielmehr

---

[39]) § 6 J. legat. 2, 20.

[40]) Brinz, Pand. II § 292 zu N. 23 ff.

[41]) Natürlich soll damit nicht gesagt sein, dass der concursus causarum lucrativarum und diese seine Begründung irgendwie zwingend seien.



bedarf es noch einer allgemeinen legislativen Richtung, der gegenüber die obige Begründung nur die Bedeutung hat, dass dieser Richtung beim concursus c. lucr. keine unverletzlichen Interessen entgegenstehen. Diese Richtung mag die nämliche gewesen sein, welche andere Beschränkungen des lukrativen Erwerbes herbeigeführt hat;[42]) indessen ist diese Frage für uns gänzlich belanglos.

Allerdings ist dies eine sehr negative Begründung. Aber sie zeigt uns — und dies ist für uns das Wesentliche, dass hier die Solidarität auf dem nämlichen Grundgedanken beruht, wie in den anderen Fällen. Die Leistung lässt das Individualisierungsmerkmal, welches die Person des Schuldners bildet, vermissen: die Leistung von seiten des einen Schuldners wird als der des anderen identisch behandelt. Nur insofern besteht ein Unterschied unter den verschiedenen Fällen, als dort die Identifizierung, wo sie nicht von selbst gegeben ist, durch den Willen der Parteien erfolgt, während hier das Recht selbst identifiziert, indem es verschiedene Interessen aus mehreren lukrativen Erwerbsgründen nicht anerkennt. Einer weiteren Begründung bedarf dieser Solidaritätsfall nicht; er ist als Ausnahme, contra rationem iuris, eingeführt und infolgedessen, falls unsere Begründung unzureichend scheinen sollte, doch auch jedenfalls nicht geeignet, ein Argument gegen unsere Solidaritätstheorie zu bilden. —

Kehren wir nunmehr zu unserm ersten Ausgangspunkt zurück, zu der Definition der Solidarobligationen, welche wir an die Spitze des ersten Paragraphen gestellt haben! Uns erscheint dieselbe als fehlerhaft, weil sie ein Moment aufgenommen hat, welches nach unseren Ausführungen kein begriffsbildendes Moment, sondern eine blosse Konsequenz aus dem Obligationsbegriffe ist. Bei den Korrealobligationen ist man in diesen Fehler nicht verfallen: man suchte den Begriff zu finden, aus dem sich die bekannte Wirkung der Litiskontestation, der Acceptilation, Novation u. s. w. als Folgesätze ergeben sollten. Zwar wäre man, wenn man auf die Findung des inneren Grundes dieser Folgesätze verzichtet hätte, von manchem Fehler bewahrt worden; die ganze Einheitstheorie wäre uns erspart geblieben! Aber man hätte dann die Solidarität im weiteren Sinne definiert, wie es noch heute geschieht, als „mehrfache Haftung für den nämlichen Gegenstand“, wobei die Leistung von seiten des einen Schuldners die sämtlichen

---

[42]) Sell a. a. O. S. 10; Brinz, Pand. II § 292 N. 27.

Schuldner befreit; die Korrealität als „Solidarität, bei welcher nicht nur die Zahlung, sondern auch Litiskontestation, Novation u. s. w. diese Wirkung haben"; endlich die Solidarität im engeren Sinne als „Solidarität, bei welcher diese weiteren Wirkungen nicht eintreten"! Man würde mit einem Worte über Wesen und Inhalt der Solidarität so wenig Aufschluss erhalten, wie über Wesen und Inhalt der Korrealität.[43])

Dies beweist, dass uns nicht müssige Konstruktionslust dazu führt, die Wirkung der Erfüllung aus der Definition der Solidarität herauszunehmen und den Grund dieser Wirkung an ihre Stelle zu setzen; ferner dass es nicht „naheliegende" Bequemlichkeit ist,[44]) die Identität der Leistung als den Grund der Solutionswirkung in den Solidaritätsbegriff aufzunehmen; wie sie der wahre und reale Grund der Solidarität ist, ist sie auch für deren Begriffsbestimmung unentbehrlich. Nur muss man diese Identität richtig verstehen. Nicht „fingierte" oder „vorgestellte" Identität, sondern reale; aber nicht absolute, sondern relative. Da diese Identität bei Mehrheit der Schuldner nur in dem Obligationszweck begründet sein kann, ist es nicht nötig, das Moment des identischen Zweckes in die Definition mit aufzunehmen.

Wir definieren also die Solidarität als eine Mehrheit von auf die nämliche Leistung gerichteten Obligationen.

§ 3.

Korrealität?

Die Solidaritätstheorie, welche wir in vorstehendem entwickelt haben, stimmt im wesentlichen mit derjenigen überein, welche Kuntze schon ehedem als einer der ersten Gegner der Ribbentropschen Lehre aufgestellt und in veränderter Form neuerdings wieder vertreten hat.[1]) Wenn er ehedem die Korrealität als die Wechselbeziehung zweier durch die Identität des Vermögensstoffes verbundenen Obligationen definierte,[2]) und in diesem

[43]) Gerade so, als wenn man in die Eigentumsdefinition die Besitzbarkeit, Übertragbarkeit, Vindizierbarkeit u. s. w. aufnehmen wollte.

[44]) Windscheid, Pand. § 298 N. 14.

[1]) Die Obligation und die Singularsuccession 1856; Die Obligationen und das ius extraordinarium 1886.

[2]) O. u. S. S. 147.

„Vermögensstoff“ im wesentlichen das sieht, was wir als „Leistung“ bezeichnet haben, so besteht nunmehr das Wesen der Korrealität für ihn in einer „Mehrheit von Obligationen mit identischem Inhalt“, [3]) wobei der „Inhalt der Obligation“ sich mit dem deckt, was wir das Obligationsobjekt oder die Leistung im Gegensatz zum Leistungsobjekt genannt haben. [4])

Nur bestimmt Kuntze die Identität seines Obligationsinhaltes in anderer Weise, als wir die Identität der Leistung ermittelt haben: Nicht der Zweck ist es, in welchem die verschiedenen Leistungen zusammentreffen, infolgedessen sie das in der Person des Verpflichteten liegende Individualisierungsmoment aufgeben, sondern der Entstehungsgrund, der die Obligation als ein von allen etwa benachbarten, gleichartigen, ähnlichen Erscheinungen unterscheidbares Individuum sistieren will. [5])

Dieses Individualisierungsmerkmal liegt nun u. E. in einer ganzen Reihe von Solidaritätsfällen nicht vor; und es würde uns hienach konsequent erscheinen, sie aus den Korrealobligationen, für die es Kuntze in Anspruch nimmt, auszuscheiden. Dennoch sind es reine Zweckmässigkeitserwägungen, auf welche Kuntze in seiner ersten Bearbeitung des Gegenstandes die besondere Gestaltung der Solidarobligationen zurückführt, [6]) und noch heute ist es für ihn die Billigkeit, welche die Römer veranlasste, „in gewissen Fällen (den einfachen Solidarobligationen) die Selbständigkeit der durch eadem pecunia verbundenen Obligationen noch zu steigern, indem sie den Gläubiger gegen die nachteilige Wirkung der Litiskontestation in Schutz nahmen“: [7]) die Solidarobligation ist für ihn „eine abgeschwächte Korrealobligation“.

Wir halten das für den schwachen Punkt der Kuntzeschen Theorie. Kuntze unterlässt es, darzuthun, inwiefern die „Identität des Obligationsinhalts“, welche er ausdrücklich auch bei den „unvollkommenen“ Korrealobligationen annimmt, [8]) bei ihnen vorhanden sein kann, obgleich die Identität der causa bei ihnen zweifellos nicht gegeben ist.

Da die „Einheit der causa“ in der modernen Lehre von den

---

[3]) Obligationen u. ius extr. S. 153.

[4]) Eod. § 24 S. 106 f.

[5]) S. 107, 108.

[6]) Obl. und Singularsucc. S. 229 ff. § 54.

[7]) Die Obl. u. das ius extr. S. 168.

[8]) Eod. S. 176.

Korrealobligationen eine immer bedeutendere Rolle spielt, glauben wir auf dieses Problem näher eingehen zu müssen.

Wir fragen: welche Bedeutung hat der Entstehungsgrund für die Individualisierung der Obligation und für die Solidarobligation im besonderen? Da können wir denn zunächst Mitteis vollkommen beistimmen, wenn er bei einer Mehrheit von Obligationen zwischen den nämlichen Personen und auf die nämliche Leistung in ihrem Entstehungsgrunde das einzige Individualitätsmoment erblickt.[9]) Aber in dieser Fassung hat Mitteis schon auf ein anderes Individualisierungsmoment verzichtet, indem er nämlich zwei Obligationen auf die nämliche Leistung zum Ausgangspunkt nimmt, hat er die Frage umgangen, inwiefern bei mehreren Obligationen, wenn auch unter den nämlichen Personen, von „der nämlichen Leistung" überhaupt die Rede sein kann. Dies unter der Voraussetzung, dass er unter der „nämlichen Leistung" nicht nur die „Leistung der nämlichen Sache" versteht. Ist aber letzteres der Fall, so scheint uns die Mitteissche Behauptung nur cum grano salis richtig zu sein.

Mitteis wendet sich nämlich gegen die Hereinziehung des Zweckmomentes, wie sie Hartmann zum Zweck der Individualisierung von Obligationen vorgenommen hat.[10]) Wir haben ihm schon oben darin zugestimmt, soweit der Zweckbegriff Hartmanns in Frage stand, weil der juristische Zweck die Obligation, nicht diese jenen, zur Voraussetzung hat. Aber wir können ihm nicht zustimmen, wenn es sich um das ökonomische Zweckmoment handelt, und wir glauben, dass es nur ein qui pro quo ist, wenn es Mitteis aus seiner Stelle als Individualisierungsmoment verdrängt und dafür den Entstehungsgrund der Obligation substituiert.

Der Entstehungsgrund scheint uns vielmehr nur insofern für die Individualität der Obligation wesentlich zu sein, als sich in der Besonderheit des Entstehungsgrundes regelmässig auch eine Verschiedenheit des Obligationszweckes ausdrücken wird. Damit soll aber natürlich nicht gesagt sein, dass die Einheit des Zweckes eine Einheit der Obligation begründe; diese scheint uns vielmehr nur als elementare Einheit denkbar, bei welcher alle Begriffsbestandteile der Obligation nur in der Einzahl vorhanden sind: ein Schuldner, ein Gläubiger, ein Gegenstand, eine causa, ein Zweck; aber Einheit des Zweckes kann vorhanden sein, obgleich mehrere Personen und mehrere causae in Frage sind. Nie aber

[9]) Mitteis, Individualisierung S. 5.

[10]) Individualisierung S. 8 ff.; gegen Hartmann, Die Obligation § 5.

ist es denkbar, dass ein Zweck und mehrere Obligationsgegenstände (relativ genommen) vorhanden wären.

Wenn wir daher Mitteis insofern zustimmen, als er in allen Fällen solidarischer (und korrealer) Obligationen eine Obligationenmehrheit annimmt, so glauben wir der Frage doch nicht überhoben zu sein, ob die Einheit der causa nicht eine relative Einheit und zwar eine höhere Einheit als die Einheit des Zweckes hervorzubringen im stande ist.

Dies behauptet Eisele, indem er für die Solidarität die Identität des Zweckes als das begriffsbildende Moment anerkennt,[11]) während die besonders geartete Korrealität nach ihm auf der Identität der Leistung bezw. der Leistungspflicht beruht.[12]) Dieser Standpunkt ist begreiflich; denn indem Eisele die Korrealität auf ein reales Moment zurückzuführen sucht, wird er vor die Alternative gestellt, entweder dieses Moment bei der blossen Solidarität gleichfalls anzuerkennen und konsequent den Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität überhaupt fallen zu lassen, oder für die blosse Solidarität ein anderes begriffsbildendes Merkmal zu suchen; und da ihm ersteres den Zeugnissen der Quellen nicht zu entsprechen scheint, so wird er dazu gedrängt, die Identität der Leistung bei der Solidarität zu verneinen und die Identität des Zweckes ohne Identität der Leistung als das Wesen der Solidarität zu erklären.

Inwiefern diese Unterscheidung berechtigt sei, will mir nicht einleuchten. Denn entweder ist das Zweckmoment juristisch überhaupt belanglos; dann ist es auch nicht geeignet, die Solidarität, d. h. die Wirkung der Zahlung bei den Solidarobligationen zu erklären; oder es ist dies nicht der Fall; dann aber kann die Beziehung des an sich ausserhalb des Obligationsbegriffes liegenden Zweckmomentes zu der Obligationstilgung nicht anders erfolgen, als durch die Identifizierung der einen Leistung mit der anderen, mit Rücksicht auf dieses Zweckmoment.[13])

Während wir aber die Identität der Leistung auf die Identität

---

[11]) Archiv f. d. civ. Prax. 77 S. 417 ff.

[12]) Eod. S. 459.

[13]) Wie denn für Eisele ebenso feststeht, wie für uns, dass die Identität als absolute (logische) nicht denkbar ist. Aber während sie deshalb Eisele für eine „praktische“, „vom Recht nur angenommene“ (fingierte?) hält, scheint sie mir etwas ganz Reales, wenn auch nur relativ genommen, zu sein. In Bezug auf den Zweck, den sie verfolgen, sind die Leistungen der Mehreren identisch. — Vgl. Eisele S. 420.

des Leistungszweckes allein zurückführen, setzt Eisele seine Identität der Leistung aus Momenten zusammen, welche mit dem Zweck der Leistung nichts unmittelbar zu thun haben.

Seine Identität der Leistung ist zusammengesetzt aus der Identität des Leistungsinhalts[14]) und Identität der Leistungspflicht.[15]) Die erstere besteht in dem Ausschluss der Teilung und der Vervielfältigung, von denen die Teilung durch den Gebrauch des Wortes „idem" (richtiger wohl durch den darauf gerichteten, in dem „idem" geäusserten Parteiwillen), die Vervielfältigung durch die Identität der causa obligationis, des die mehreren Obligationen erzeugenden Thatbestandes, ausgeschlossen wird.[16])

Wir müssen dabei bemerken, dass es Eisele mit dieser Begründung der Korrealität darum zu thun ist, nachzuweisen, dass bei der Korrealität eadem res im Sinne des Satzes „ne bis de eadem re sit actio" vorliegt und so die das Korrealverhältnis zerstörende Litiskontestationswirkung auf einen reellen, praktischen und fassbaren Gesichtspunkt zurückzuführen. In dieser Beziehung werden wir uns im IV. Kapitel noch eingehend mit Eisele beschäftigen müssen; hier können wir von der Litiscontestationswirkung vorläufig absehen und uns auf den Gegensatz zwischen Korrealität und Solidarität im allgemeinen beschränken.

Da scheint uns denn schon insofern in der Argumentation Eiseles ein Fehler vorzuliegen, als er die eadem res im Sinne der Prozesskonsumption auf die eadem res im materiellen Sinne zurückführt und diese letztere darin erblickt, dass eine Leistung, von einem oder von mehreren, nur einmal zu leisten ist. Von diesem Gesichtspunkt aus hätte m. E. Eisele dahinkommen müssen, den Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität in Abrede zu stellen; aber weit gefehlt. Die befreiende Wirkung der Zahlung, auf welche er die befreiende Wirkung der Litiskontestation zurückführt, tritt bei der einen Klasse, den Korrealobligationen, ein, weil die Leistungen identisch sind, bei der anderen, den Solidarobligationen, obgleich die Leistungen nicht identisch sind, weil bei den letzteren ein identisches Interesse, ein identischer Obligationszweck gegeben ist.

Sehen wir vorläufig davon ab, inwiefern diese Unterscheidung zwischen Identität der Leistung und Identität des Zweckes An-

[14]) S. 417.
[15]) S. 420.
[16]) S. 417, 419.

spruch auf reale Existenz machen kann, so müssen wir zunächst einwenden, dass uns — mit dem Vorbehalt, dass die befreiende Wirkung der Zahlung in beiden Fällen die nämliche ist, — die eine Theorie zu der anderen in unversöhnlichem Widerspruch zu stehen scheint. Wenn die Identität des Zweckes genügt, um die genannte Wirkung hervorzubringen, was soll dann noch die Identität der Leistung, bezw. was sollen die Faktoren, aus welchen diese letztere Identität von Eisele abgeleitet wird? Umgekehrt: wenn Identität des Obligationsinhaltes und Identität der Leistungspflicht erforderlich sind, um Korrealität hervorzubringen, und die Identität des Leistungsinhalts auf dem Ausschluss der Teilung und dem Ausschluss der Vervielfältigung beruht, ist dann nicht auch bei den einfachen Solidarobligationen, oder, wie sie Eisele nennt, bei der unechten Solidarität, Identität des Leistungsinhaltes vorhanden, da ja auch hier Teilung und Vervielfältigung ausgeschlossen sind? Und anderseits: wenn — bei der unechten Solidarität — die Vervielfältigung ausgeschlossen ist, obwohl nicht Einheit der causa vorliegt, was nützt dann die Einheit der causa bei der Korrealität?

Freilich geht Eisele davon aus, dass die Zahlung bei der Korrealität in anderer Weise wirkt, als bei der Solidarität; dass die Befreiung durch Zahlung bei ersterer Geschäfts-, bei letzterer Reflexwirkung ist.[17]) Aber wir haben oben schon[18]) nachgewiesen, dass es gar nicht denkbar ist, dass die Wirkung der Zahlung im einen Falle in anderer Weise erfolgt als im anderen Falle; die Wirkung ist bei der Korrealität wie bei der Solidarität Reflexwirkung. Anderseits ergibt sich aber aus Eiseles Darstellung mittelbar, dass er das, was wir Identität des Gegenstandes nennen, bei den unechten Solidarobligationen nicht für gegeben erachtet, und wir könnten ihm in gewissem Sinne zustimmen. wenn dies nämlich Eisele nicht gerade für alle Fälle behaupten wollte, wo die Litiskontestation keine gesamtbefreiende Wirkung hatte.[19]) Denn auch wir werden später eine Kategorie unechter Korrealität oder Solidarität entwickeln; wir bemerken aber schon jetzt, dass u. E. bei diesen von Solidarität, d. h. Identität des Zweckes und der Leistung, keine Rede sein kann, und dass die Frage der Litiskontestationswirkung dabei durchaus nicht den Teilungsmassstab bildet.

---

[17]) Arg. S. 459 oben.
[18]) § 2 S. 31.
[19]) S. S. 458.

Noch einen weiteren Einwand haben wir Eisele zu machen: In der Korrealität ist es die Solidarität, die er mit der Identität des Leistungsinhalts begründet. Welche Rolle verbleibt für den anderen Faktor seiner Korrealität, für die Identität der Leistungspflicht? Eisele hat sich darüber, wie er sich den Gegensatz zwischen Identität des Leistungsinhalts und der Leistungspflicht denkt, nicht ausgesprochen; er beschränkt sich darauf, bezüglich der ersteren auf die Quellenausdrücke, „eadem pecunia", „una summa", „una res", „eadem operae", bezüglich der letzteren auf „idem debitum" und „eadem obligatio" zu verweisen.[20]) Dass nur „eine Vermögenspost" vorliegt, ein debitum im ökonomischen Sinne,[21]) geben wir zu; dies bildet ja den Ausgangspunkt unserer Solidaritätslehre;[22]) aber es will uns nicht einleuchten, dass etwas anderes als das vermögensrechtliche Interesse des Gläubigers, der ökonomische Zweck der Obligation, diese Einheit des debitums begründen kann.

Aber mehr noch: Eisele verlässt den eingeschlagenen Weg, und begründet seine Korrealität im folgenden etwas anders. Er lehnt für die Korrealität die Formulierung „mehrere auf denselben Zweck gerichtete Obligationen" als zu weit ab, weil allerdings ein identischer Zweck bei der Korrealität immer vorliegt, aber nicht überall, wo ein und derselbe Zweck angestrebt wird, eadem causa und darum auch nicht Korrealität vorliegt.[23]) Anderseits begründet er die Identität der Leistungspflicht mit dem Willen der Parteien, genau entsprechend der Begründung, die wir bei der auf Vertrag beruhenden Solidarität unserer „Identität des Gegenstandes" zu Grunde gelegt haben.[24]) Diese beiden Ausführungen scheinen mir mit seinen Ausgangspunkten in Widerspruch zu stehen. Denn wenn insofern Identität der Leistungspflicht vorliegt, als der Gläubiger, wenn er sich von mehreren das Ganze in der Weise versprechen lässt, dass er es nur einmal bekommen soll, damit erklärt, dass er von der Verschiedenheit bezüglich des Schuldners absehen wolle, wie umgekehrt bei der aktiven Korrealität der Schuldner erklärt, dass es ihm einerlei sei, welcher von den Gläubigern die Leistung fordern werde, so ist damit u. E. nichts anderes gesagt, als mit den Worten, welche

---

[20]) S. 420.
[21]) Dernburg, Pand. II § 72 N. 4, Eisele S. 421.
[22]) S. oben § 1.
[23]) S. 421/422.
[24]) S. 422 Abs. II.

etwas weiter vornen[25]) den Ausschluss der Teilung begründen sollen: „dieser wird durch den Gebrauch des Wortes idem bewirkt“, obgleich doch leicht ersichtlich ist, dass mit dem „idem“ nicht nur gesagt sein soll, dass statt verschiedener Teilgegenstände ein Ganzes geschuldet wird, sondern auch, dass trotz der Verschiedenheit der Schuldner oder Gläubiger „idem“ vorliegen soll, dass die Person des Leistenden oder des Empfängers gleichgültig sein soll für die juristische Individualität der Leistung.

So scheint mir schon bei Eisele die Identität der Leistungspflicht nicht ein Korrelat der Identität des Leistungsinhalts, sondern ein Erfordernis derselben zu sein, und wir gelangen auf diese Weise, wenn anders unsere Ausstellungen begründet sind, schon bei Eisele zu einem vereinfachten Korrealitätsbegriff, indem wir die Identität der Leistungspflicht einfach fallen lassen.

Anderseits scheint uns aber auch das Erfordernis der eadem causa schon vom Standpunkt Eiseles die Rolle nicht spielen zu können, die er ihm zuweist.

Eadem causa soll nach Eisele die Vervielfältigung der Leistung verhindern. Aber wenn Eisele bemerkt, dass bei der Korrealität die Parteien von der Verschiedenheit der Personen absehen, so kann dies, wie gesagt, nur die Bedeutung haben, dass von einem Individualisierungsmoment der Leistung abgesehen, d. i. Vervielfältigung der Leistung ausgeschlossen wird. Wie soll aber dann die eadem causa diesen Ausschluss bewirken? Eisele begnügt sich mit der Behauptung, dass das „idem“ den Ausschluss der Vervielfältigung nicht bewirke, sondern konstatiere. Wir pflichten bei; es scheint uns dieses „idem“ aber auch den Ausschluss der Teilung nicht sowohl zu bewirken, als vielmehr zu konstatieren, indem in dem „Gebrauch des Wortes „idem“ “ [26]) der die Identität der Leistung setzende Parteiwille zum Ausdruck kommt. Anderseits aber vermag u. E. die Identität der causa den Ausschluss der Vervielfältigung auch nicht objektiv, vom Standpunkt Eiseles abgesehen, zu bewirken; weder Eisele noch andere haben versucht, die Gedankenreihe herzustellen, welche von dem die mehreren Obligationen erzeugenden Thatbestand zu der Einfältigkeit der Haftung führt. Unsere

---

[25]) S. 417.

[26]) Eisele S. 417.

Verneinung dieses Ergebnisses scheint uns zu genügen; mögen die Gegner versuchen, den Nachweis zu führen, den sie bisher unterlassen haben.

Indessen soll hier gleichwohl nicht bloss der Standpunkt der Negation eingenommen werden. Wir begründen vielmehr unsere Meinung, dass die causa, der die Obligationen erzeugende Thatbestand, unfähig ist, die fragliche Erscheinung zu erklären, damit, dass wir die Funktion des Thatbestandes für die Gestaltung der Obligation richtig stellen.

Dabei hängt freilich alles davon ab, was wir uns unter dem juristischen Thatbestande überhaupt vorstellen, und insbesondere, für unsere Polemik gegen Eisele, was sich dieser unter dem Thatbestande denkt. Ist ihm Thatbestand nur das äussere Geschehnis, oder die Gesamtheit aller vom Rechte für die gewollte Wirkung geforderten Voraussetzungen?[27]) Für die letztere Annahme scheint zu sprechen, dass er von der Einheit des Thatbestandes die Einheit des Aktes wohl unterscheidet;[28]) aber ebenso spricht gegen die letztere Annahme, dass er die Identität der causa als besondere Voraussetzung neben den auf die Ganzhaftung des Einzelnen gerichteten Willen der Parteien, die Identität der Leistungspflicht ebenso neben die teilweise durch die Identität der causa bedingte Identität des Leistungsinhaltes stellt.

So scheint uns diese Frage keineswegs leicht beantwortet werden zu können. Immerhin aber scheint sich einerseits daraus, dass ihm die Einheit des Aktes nur ein Mittel ist, die Einheit der causa äusserlich zur Geltung zu bringen,[29]) anderseits daraus, dass ihm die Identität des Thatbestandes das Mittel ist, um die Vervielfältigung zu verhüten, entnommen werden zu können, dass der Thatbestand, den Eisele im Auge hat, von dem äusseren Vorgang völlig zu trennen ist und nichts anderes ist, als der gemeinsame, ein einheitliches rechtliches Ziel anstrebende Wille der Parteien.

Ist dies der Fall, dann kann ich aber nicht einsehen, wie überhaupt von Identität der causa die Rede sein kann. Denn der Wille, als rein psychisches Etwas gedacht, ist ein Individuum, welches seine Individualität allein durch die Person des Wollenden erhielt; Beziehung zu anderen Willen kann sich für

[27]) Vgl. Regelsberger, Pand. I § 118 Z. I, II u. dort Citierte.
[28]) S. 423.
[29]) S. 428.

ihn nur ergeben durch ein ausserhalb des Willens liegendes Moment, und welches andere soll dies sein als der Zweck, dessen vorgestellte Verwirklichung den Willen zur Entstehung bringt? So scheint uns jede Betrachtung des Problems, von welcher Seite immer, der von uns angenommenen Einheit des Zweckes und der durch sie vermittelten Einheit des Gegenstandes zuzustreben.

Wir haben schon oben die Unitas actus als das Mittel der klassischen Jurisprudenz bezeichnet, der Einheit des Zweckes des Gegenstandes nicht eine passende symbolische Äusserungsform, sondern direkt die gewollte Existenz zu verleihen; nicht die mögliche Multiplikation der Ansprüche allein, sondern auch Teilung und Novation sind Eventualitäten, welche der einheitliche Akt, so wie er ist, verhindern soll: der Akt ist das Spiegelbild des Parteiwillens. Nicht deshalb, weil mehrere in einem Akte die nämliche Leistung versprechen, wird die Vervielfältigung ausgeschlossen, sondern deshalb, weil sie diese Verpflichtungsform wählen, um ihren Willen, die Vervielfältigung auszuschliessen, zu dokumentieren. Das ist nicht ebenso leicht bei Verschiedenheit der causa anzunehmen. Der Wille der Parteien aber ist es immer, der die Korrealität schafft, gerade so wie es der Wille des Rechts ist, welcher die Solidarität begründet. Entstehungsgrund, Quell der juristischen Gestaltung, ist nicht der Akt, sondern der diesem zu Grunde liegende Wille.

Ich kann daher in Eiseles Ausführungen die Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität nicht für begründet erkennen.

Das Gleiche aber gilt für die Czyhlarzsche Solidaritätstheorie. Czyhlarz geht von dem Musterfall der Stipulationskorrealität aus; Einheit des Aktes ist für ihn — wie im klassischen Recht für uns — wesentliches Erfordernis; Einheit des Aktes und vollkommene inhaltliche Identität der Obligationen sind die begriffsbildenden Momente der Korrealität. Fragen wir nach dem gegenseitigen Verhältnis der beiden Erfordernisse, so ist jedenfalls soviel klar zu ersehen, dass die Einheit des Aktes die Voraussetzung der Identität des Leistungsinhaltes bildet: notwendige Identität des Inhalts a u f G r u n d der Einheit der causa ist der Charakter der Korrealität und unterscheidet sie, abgesehen von dem bereits betonten Willensmoment,[30]) von der

[30]) S. 65 oben.

Solidarität, bei welcher entweder die Identität des Inhalts oder die Einheit der causa fehlt.[31]) Dieses Willensmoment erkennt Czyhlarz sehr richtig als den auf die Erzeugung von Solidarität gerichteten Willen; auch sonst kommt seine Darstellung im wesentlichen der unseren sehr nahe. Denn es erscheint nach Czyhlarz die befriedigende Wirkung der Zahlung als notwendige Folge der inhaltlichen Identität,[32]) und so wird die Identität des geschuldeten Gegenstandes auch von Czyhlarz nur als Voraussetzung jener inhaltlichen Identität gedacht sein. Eine grössere Abweichung von meiner Auffassung besteht nur insofern, als auch er, wie Eisele, die Identität der causa, als notwendige Voraussetzung der Identität des Inhalts bezeichnet. Aber unter dieser causa selbst versteht Czyhlarz etwas ganz anderes als Eisele: die Einheit des Aktes, hinter dem der Parteiwille geradezu vollkommen verschwindet. Wir haben uns über die Bedeutung der Akteinheit schon hinreichend geäussert;[32a]) wir können

---

[31]) S. 64 § 2.

[32]) S. 72 § 5.

[32a]) Nur über die Einheit des Aktes bei den formlosen Verträgen müssen wir uns, und zwar gleichfalls im Gegensatz zu Czyhlarz, noch äussern. So vollständig wir mit ihm darin übereinstimmen, dass die Einheit der Stipulation oder Promission etwas Künstliches, Formelles ist (S. 89 ff.), dem materiell eine Mehrheit von Rechtsgeschäften zu Grunde liegt, so sehr müssen wir das Nämliche für die materiellen Verträge behaupten. Was wir einen gemeinsamen Kauf oder Verkauf mehrerer nennen, löst sich in Wirklichkeit in eine Reihe von sovielen einzelnen Käufen und Verkäufen auf, als Käufer und Verkäufer vorhanden sind, welche, wie bei der Korrealstipulation, nur äusserlich zu einem gemeinsamen Gesamtgeschäft vereinigt sind. Der Beweis liegt darin, dass jeder Verkäufer und Käufer nur pro rata haftet und berechtigt wird; soll solidarische Berechtigung eintreten, so muss dieselbe erst ausdrücklich vereinbart werden. l. 9 pr. D. h. t. 45, 2; l. 47 pr. D. locati 19, 2 u. a. m. Warum? Weil eben das Kaufgeschäft an sich in so viele einzelne Geschäfte zerfällt, als Parteien vorhanden sind. Für das Gegenteil beruft sich Czyhlarz auf eine Reihe von Stellen:

> 1) l. 44 § 1 D. de aedil. edicto 21, 1 Paulus libro II ad edictum aedilium curulium: Proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere: aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogeretur emptor cum multis litigare, quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt: nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est.

Die Stelle behandelt die Haftung mehrerer Sklavenhändler nach dem curulischen Edikte. Während sonst die actio ex empto sich bei Mehrheit der

daher hier von einer Wiederholung absehen und uns auf die Bemerkung beschränken, dass die Identität des Inhalts der Identität des Gegenstandes entspricht, welche wir als das begriffsbildende Merkmal der Solidarität bezeichnet haben, wenn auch Czyhlarz

---

Verkäufer teilt, und zwar, wenn die Verkäufer blosse Miteigentümer waren. nach Virilportionen, wenn sie Socii waren, nach Gesellschaftsquoten (Vangerow III § 653 N. 1; Windscheid II § 407 N. 7 und dort cit. Stellen), so gilt für die Sklavenhändler eine verschärfte Haftung; damit der Käufer nicht gezwungen sei, die actio redhibitoria unter sie zu teilen, wird sie gegen den einzelnen wohl in solidum gegeben und der Käufer kann sich den heraussuchen, welcher den grössten Anteil am Gesellschaftsvermögen hat; diese in ihrem Wortlaut etwas auffällige Vorschrift kommt hier nicht weiter in Betracht. Jedenfalls ergibt sich aus der Ausnahme, die für die Sklavenhändler aus rein praktischen Gründen getroffen ist, nichts für Czyhlarz und alles für unsere Ansicht; warum der Regel nach die mehreren Verkäufer pro rata haften, ist nicht schwer einzusehen; dass sie hier nach Gesellschaftsanteilen haften, hat seinen Grund wohl in einer vernünftigen Auslegung des gemeinsamen Kaufgeschäfts: nach dem nämlichen Verhältnis, in welchem sie die Gefahr des Einkaufs unter sich teilen, sollen sie auch die Gefahr des Verkaufs ausgleichen. (Vgl. Lenel, Edictum perpetuum S. 443; Landucci S. 61. Abweichend Glück, Teil XX S. 108 ff.) Aber dies erklärt sich aus dem Recht der societas; liegt keine Gesellschaft vor, so tritt Teilung nach Köpfen ein. Vgl. l. 31 § 10 D. de aed. ed. 21, 1; l. 12 D. evict. 21, 2. —

2) l. 31 § 8 D. de aedil. ed. 21, 1 Ulpianus libro I ad edictum aedilium curulium: Jdem Marcellus ait non posse alterum ex dominis consequi actione ex empto, ut sibi pro parte venditor tradat, si pro portione pretium dabit: et hoc in emptoribus servari oportere ait: nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quoad emptor satisfaciat.

Man wird nicht umhin können, die Stelle auf die ausdrückliche Vereinbarung „ut soluta pecunia traderetur“ zu beziehen und so mit anderen Stellen in Einklang zu setzen. Vgl. l. 78 § 2 D. de contr. vend. 18, 1 und Ubbelohde, die Lehre von den unteilbaren Obligationen S. 258. Aber auch wenn man diesen Ausweg für bedenklich hält, ergibt sich aus der Stelle nichts für Czyhlarz, da Ulpian mit dem „tradere“ die Einräumung der corporis possessio gemeint haben kann, welche nicht teilbar ist und, wenn sie an den einen Käufer erfolgt, den Verkäufer nicht von den anderen Käufern befreit. Die Sache würde alsdann nicht anders liegen, als bei den unteilbaren Obligationen mit Mehrheit der Gläubiger in der Regel. S. unten II. Abteilung § 25. Jedenfalls aber ergibt sich aus der Stelle nicht, dass der Käufer erst nach Empfang des Ganzen zur Preiszahlung verbunden ist, wie Czyhlarz S. 90 N. 82 meint, sondern nur, dass der Verkäufer, solange nicht der ganze Kaufpreis bezahlt ist, die exceptio non adimpleti contractus hat. —

3) l. 12 D. 21, 2 de evictionibus: Scaevola libro II responsorum: Quidam ex parte dimidia heres institutus universa praedia vendidit et coheredes pretium acceperunt: evictis his quaero, an coheredes ex empto

auf ganz anderem Wege zu diesem Ergebnis gelangt. Wir haben also mit Czyhlarz den Ausgangspunkt im wesentlichen gemein; es ist eine Wortfrage, von Identität des Inhaltes oder des Gegenstandes zu reden.

Bei dieser Gleichheit des Ausgangspunktes können wir uns auf die Betrachtung des Divergenzpunktes, der Solidarität, beschränken. Hier müssen wir es denn als eine ganz unbewiesene Behauptung bezeichnen, dass es Solidarobligationen gebe, welche keine Identität des Inhalts besitzen oder bei welchen dieselbe nur zufällig wäre.[33]) Czyhlarz behauptet dies für den Fall mehrerer Kommodatare, Depositare, Mandatare. Aber wir werden noch später darthun, dass die Obligation mehrerer Kommodatare und Depositare von der Begründung des Verpflichtungsverhältnisses an notwendig den nämlichen Inhalt hat, insofern sie nämlich auf die Restitution der nämlichen Sache gerichtet ist; auch bei mehreren Mandataren müssen wir die Identität des Inhalts behaupten, sofern nur überhaupt ein solidarisches Mandat vorliegt. Und was die mehreren Vormünder betrifft, so haben wir oben schon[34]) zugegeben, dass hier zunächst von Identität des Inhalts der Obligationen keine Rede sein kann; aber wir müssen behaupten, dass der „Inhalt" der Solidarschulden, wenn sich solche aus der Solidarhaftung der Vormünder überhaupt ergeben, immer notwendigerweise identisch ist, wie sich denn auch im IV. Kapitel

actione teneantur. respondi, si coheredes praesentes adfuerunt nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse.

Die Stelle handelt von der negatiorum gestio und ihrer Genehmigung (Brinz II § 328 N. 33; IV § 564 N. 13, 30, 34; Windscheid I § 72 N. 11) bezw. der stillschweigenden Willenserklärung; wir können nicht ersehen, inwiefern sich aus ihr das Czyhlarzsche Thema beweisen liesse. —

Wir können daher mit Czyhlarz nicht darin übereinstimmen, dass bei materiellen Verträgen „immer nur e i n Vertrag" im juristischen Sinne vorliege; es liegen vielmehr, wie bei der Stipulation, so viel Geschäfte vor, als Käufer und Verkäufer vorhanden sind; die Einheit des Aktes ist etwas Zufälliges, da jeder Miteigentümer seine Quote allein verkaufen, jeder Käufer den Kauf auf blosses Miteigentum beschränken kann; sie ist infolgedessen auch etwas Äusserliches und rechtlich Bedeutungsloses. Wie bei der gemeinsamen Stipulation oder Promission zu der unitas actus noch das formelle Moment hinzutreten muss, um Korrealität zu erzeugen (l. 11 § 2 D. h. t. 45, 2) so bedarf es hier besonderer Abrede, um Korrealität hervorzubringen. Dies verkennt allerdings Czyhlarz nicht (vgl. S. 90 Abs. II); aber er verkennt die Bedeutung der Einheit des Aktes; als eines Gesamtaktes, der sich aus mehreren einzelnen Teilen zusammensetzt. —

[33]) S. 63, S. 138 Z. 2.

[34]) § 2 S. 40 f.

ergeben wird, dass mehrere Vormünder, sofern dieselben solidarisch hafteten, auch hinsichtlich der Litiskontestationswirkung durchaus den duo rei promittendi gleich behandelt wurden.

Übrigens scheint mir Czyhlarz nicht ganz konsequent zu verfahren. Während er am Ende seiner Abhandlung die letztgenannten Fälle als Solidarobligationen bezeichnet,[35]) führt er zu Beginn derselben aus, dass für alle diese Verbindlichkeiten zwar nur eine causa vorliegt, dass aber diese keineswegs notwendig zur Solidarität führen muss.[36]) Wir finden darin einen Anklang an unsere Unterscheidung zwischen Solidarhaftung und Solidarschuld, müssen aber gegen Czyhlarz bemerken, dass bei der Solidarschuld jedenfalls immer Identität des Gegenstandes oder „Inhaltes“ vorliegt, und dass anderseits aus dem Depositum etc. immer sofort solidarische Schulden, wenn auch keine Geldschulden, hervorgehen.

Damit scheint uns für eine Reihe von Fällen der Nachweis erbracht, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen ihnen und den Fällen der Stipulationskorrealität nicht besteht.

Wir haben dabei kurz auf ein Unterscheidungsmerkmal hinzuweisen, welches die herrschende Lehre und mit ihr Czyhlarz von Ribbentrop hergenommen hat. Zur Identität der Leistung gehört nach Czyhlarz[37]) die Identität der Kulpahaftung und mithin die gegenseitige Haftung der Correi für culpa alterius. Argumento e contrario liegt da, wo diese Haftung nicht stattfindet, keine Identität der Leistung vor. Wir können auf diese Frage hier noch nicht eingehen, glauben aber vorläufig bemerken zu dürfen, dass u. E. die gegenseitige Kulpahaftung weder zur Identität des Inhalts gehört, noch auch nur in den Quellen anerkannt ist.

Da nach Czyhlarz die Einheit des Aktes notwendige Voraussetzung der Identität des Inhalts ist, liegt für ihn bei getrennten Stipulationen auch keine Identität des Inhalts, also auch keine Korrealität vor. Czyhlarz beruft sich dafür auf die l. 8 § 5 D. de nov. 46, 2 und die l. 43 D. de fideiuss. 46, 1. welche wir schon oben besprochen haben. Seine Argumentation beruht hierbei darauf, dass die Haftung für culpa alterius ein wesentlicher Bestandteil der inhaltlichen Identität der Korrealobligationen bildet und dass daher, weil von gegenseitiger Kulpa-

---

[35]) S. 137 § 19 a. A.
[36]) S. 63.
[37]) S. 77 ff.

haftung bei getrennten Stipulationen nicht die Rede sein kann,[38]) in diesem Falle keine Identität des Inhalts vorliegt. Wir erkennen in diesem Punkte, wie schon gesagt, die erste Voraussetzung, die gegenseitige Kulpahaftung, nicht an; damit, dass wir später die getrennte Kulpahaftung nachweisen, wird somit diese ganze Argumentation hinfällig erscheinen. Aber noch von einem anderen Gesichtspunkt aus scheint mir diese Deduktion der Schlüssigkeit zu entbehren: Solidarität liegt für Czyhlarz vor entweder bei Einheit der causa und mangelnder Identität, oder bei Identität des Inhalts und mangelnder Einheit der causa. Diese Solidarität aber gründet sich weder auf das eine, noch auf das andere.

Es mag dabei noch hervorgehoben werden, dass Czyhlarz es unterlässt, die Identität des Inhalts aus der Einheit der causa organisch hervorgehen zu lassen. Zu dieser Lücke kommt dann als weiterer Mangel, dass nicht ersichtlich ist, wie dann, wenn Einheit der causa die Voraussetzung der Identität des Inhalts ist, es überhaupt eine Solidarität geben kann, welche auf verschiedenen causae beruht und trotzdem aus dem Inhalt nach identischen Obligationen besteht, und wie anderseits Einheit der causa bei der anderen Klasse von Solidarobligationen die Identität des Inhalts nicht hervorzubringen vermag, da letztere doch nach Czyhlarz als notwendige Konsequenz der Einheit der causa erscheint. [39])

Zum Schlusse sei noch der l. 15 D. h. t. 45, 2 gedacht, in welcher Czyhlarz [40]) einen Beleg für seine Ansicht erblickt, dass beim Fehlen der Identität des Inhalts trotz Einheit der causa Solidarität entsteht:

> Gaius libro II de verborum obligationibus: Si id, quod ego et Titius stipulamur, in singulis personis proprium intellegatur, non poterimus duo rei stipulandi constitui, veluti cum usum fructum aut dotis nomine dari stipulemur: idque et Julianus scribit. Idem ait, et si Titius et Seius decem aut Stichum, qui Titii sit, stipulati fuerint, non videri eos duos reos stipulandi, cum Titio decem tantum, Seio Stichus aut decem debeantur: quae sententia eo pertinet, ut, quamvis vel huic vel illi decem solverit, vel Seio Stichum, nihilominus alteri obligatus maneat: sed

[38]) Was wir Czyhlarz zugeben. S. einstw. oben S. 7.
[39]) Czyhlarz S. 65 oben, S. 69 Abs. I.
[40]) S. 73 ff.

dicendum est ut, si decem alteri solverit, ab altero liberetur.

Czyhlarz schliesst aus dieser Stelle, dass dann, wenn schon von vornherein der Inhalt der Obligation für jeden Stipulanten besonders gestaltet ist, keine Korrealität eintritt. Wenn und soweit trotzdem die Erfüllung der einen Obligation die andere tilgt, soll nach Czyhlarz wohl — per argumentum e contrario — Solidarität vorliegen.

Die Stelle handelt von der Gläubigermehrheit; indessen scheint uns ein Schluss auf die Schuldnermehrheit unbedenklich. Dass Julianus verneint, dass duo rei eiusdem pecuniae sive rei vorliegen, ist in den angeführten Beispielen begreiflich; aber die Konsequenz, dass statt der Korrealität Duplierung eintritt, widerspricht jedenfalls den Intentionen der Parteien. Dazu kommt, dass die Imparität äusserlich gar nicht hervortritt: beiden Gläubigern wird der nämliche Ususfruktus, die nämliche Dos promittiert, beiden „Stichum aut decem dari versprochen,"[41]) und

[41]) Inwiefern im ersten Fall der Stelle ein „singulis personis proprium" vorliegt, macht Schwierigkeiten. Verständlich ist dies für die stipulatio dotis nomine: weil hier durch diese Stipulatio ein Zweckmoment hereingetragen wird, welches dem Wesen der Korrealität (Identität des Zweckes) vollkommen widerspricht. Die dos dient den Ehelasten; eine bestimmte dos kann nur den Lasten einer bestimmten Ehe dienen. Infolgedessen kann die dos nicht einem Dritten promittiert werden — Bechmann, Dotalrecht II § 59 S. 41; vgl. l. 56 § 1 D. de J. D. 23, 3: Ibi dos esse debet ubi onera matrimonii sunt — und es kann daher von Identität des Gegenstandes in unserem Falle deshalb keine Rede sein, weil der durch die Worte „dotis nomine" bezeichnete Zweck hinsichtlich der Ehe des Titius nicht durch die Leistung an den Sempronius erfüllt werden kann. M. a. W.: Korrealität und Dosbestellung widersprechen sich absolut; es ist nicht möglich, von dem Individualisierungsmerkmal, welches die Person des Gläubigers bildet, hier abzusehen. — Darin erblicke ich übrigens einen weiteren Beleg für meine Ansicht, dass bei Korrealobligationen die Leistung an den einen Gläubiger nicht Leistung an den anderen ist. — Anders sucht Czyhlarz S. 75 die Stelle zu erklären: die Worte „aut dotis nomine" sollen sich auf eine promissio incertae dotis beziehen, wie denn auch über die übrigen in der Stelle erwähnten Stipulationen incertae sind [vgl. l. 75 § 3 D. de V. O. 45, 1; l. 75 § 8; l. 128 D. eod.]. Allein dem widerspricht, wie ich glaube, der Umstand, dass hier ein promissio dotis nomine dari in Frage steht, also ein promissio certae rei oder certae pecuniae, bei welcher zwar nicht — insbesondere bei dem Stillschweigen der Stelle über diesen Punkt — einzusehen ist, inwiefern sich „der Leistungsinhalt nach der Person des Gläubigers verschieden gestaltet". — Ebenso kann es auch u. E. bei der Stipulatio usus fructus nicht darauf ankommen, dass eine stipulatio incerti vorliegt; denn wir haben Fälle, wo ein incertum geschuldet wird

nur dadurch tritt Imparität ein, dass entweder die Zwecke der Obligationen divergieren, oder die eine Stipulation infolge des Satzes „stipulatio rei suae esse non potest“ zum Teil ungültig ist. Würde die zweite Korrealstipulation gelautet haben: „Decem dare mihi spondesne? — eadem decem aut Stichum dare mihi spondesne? Utrique vestrum dare spondeo“ — so würde keine Korrealobligation, aber wie ich glaube, überhaupt keine Obligation entstanden sein, weil die Stipulation des Stichus sich als „aliud negotium“ einführt,[42]) und daher die ganze Stipulation ungültig macht. In unserem Falle dagegen, wo von der Hereinziehung eines negotium alienum offenbar nicht die Rede sein kann, ist die Stipulation gültig mit der Beschränkung, dass Titius nur die decem fordern kann.

Betrachten wir nun den Gedankengang der Stelle, so ist unverkennbar, dass Julian bei der stipulatio dotis oder ususfructus die Korrealität verneint und dass Gaius diese Entscheidung billigt. Fragen wir aber nach der Wirkung, welche an Stelle der Korrealität eintritt, so dünkt es uns nicht annehmbar, dass sie in der „blossen Solidarität“ bestehe; denn die Solidarität, bezw. ihre Wirkung, dass durch die Leistung an den einen Gläubiger die Forderung des anderen untergeht, widerspricht ja gerade dem Wesen der Dotalstipulation. Vereinigt man diese Erwägung mit dem Satze, dass die dos einem dritten nicht gültig promittiert werden kann, so zerfällt der Gesamtakt; jede Promission ist nur soweit gültig, als sie sich auf den Stipulanten bezieht und es tritt daher nicht Solidarität, sondern Duplierung ein. Dem entspricht auch die Ansicht Julians für die weiter unten besprochenen Fälle: quae sententia eo pertinet rel. Ein Widerspruch dieser Entscheidung mit dem Parteiwillen liegt überdies in diesem ersten Falle gar nicht vor: vielmehr handelt es sich um das Dilemma, welcher von den beiden sich widersprechenden Parteiwillenserklärungen der Vorzug gegeben werden soll (dos? Korrealität?) und da ist es denn nur begreiflich, dass der Jurist in favorem dotis interpretiert. Beiden Ehegatten ist eine dos promittiert; es kann nicht gleichgültig sein, an wen sie zu leisten ist; folglich ist sie jedem zu leisten. Das Gleiche gilt für den Ususfructus infolge seiner höchstpersönlichen Natur: es

---

und trotzdem Korrealität vorliegt. Vgl. l. 5 h. t. 45, 2, wo ein „facere“, also notwendig ein „incertum“, promittiert ist, und wo das incertum nicht dadurch beseitigt ist, dass die rei promittendi eiusdem peritiae sind. S. oben S. 24 f.

[42]) Vgl. l. 6 § 3 D. h. t.

kann nicht von dem persönlichen Momente abgesehen werden, weil es dem Ususfructus wesentlich ist.

Wenn aber Gaius hier die Meinung Julians teilt, so ist dies nicht der Fall bei dem folgenden Beispiel. Hat der eine Gläubiger „decem aut Stichum", der andere „eadem decem" allein zu fordern, so soll nach Julian weder die Leistung des Stichus an den einen Gläubiger das Forderungsrecht des anderen untergehen lassen, noch die Leistung der decem an diesen oder jenen ausser dem Empfänger auch den anderen Stipulanten seines Forderungsrechtes, sei es auf den Stichus oder die decem, berauben. Entspricht diese Meinung durchaus dem, was wir aus der mangelnden Identität des Zweckes und der damit verbundenen Identität des Gegenstandes für die beiden ersten Fälle abgeleitet haben, so weicht doch Gaius im dritten Fall mit Recht von Julians Ansicht ab. In der That ist dieser Fall ganz anders gelagert, da nichts der Identität des Zweckes entgegensteht, und da die Gläubiger mit dem Schuldner in doppelter Weise identifiziert haben: subjektiv und objektiv, eine korreale Alternativobligation begründend. Es ist der Umstand, dass zum Teil wenigstens keine Identität des Gegenstandes vorliegt, welcher Julian veranlasst hat, auch hier Duplierung abzunehmen; die fortgeschrittene Meinung des Gaius sieht nicht auf diese Äusserlichkeit, sondern darauf, dass die Parteien die decem untereinander und mit dem Stichus identifiziert haben und entscheidet sich daher dahin, dass die Leistung der decem an den einen den Schuldner auch von dem anderen befreit.

Offen bleibt dabei die Frage, welche Wirkung der Leistung des Stichus zukommt. Man möchte arg. e contrario schliessen, dass die Leistung des Stichus an den Gläubiger, dem er gültig versprochen ist, den anderen Gläubiger nicht um seine decem bringt. Allein dies würde nicht in Einklang damit stehen, dass dieser Gläubiger erklärt hat, es sei ihm gleichgültig, ob er oder sein Mitgläubiger den Stichus oder die decem erhält, also auch in dem Falle, dass jenem der Stichus geleistet wird, nichts zu fordern haben wollte. Anderseits erklärt sich die Beschränkung der Entscheidung auf den Fall der Leistung der decem daraus, dass Gaius hier ganz allgemein sagt „si decem alteri solverit, ab altero libereretur", was in Bezug auf den Stichus, der nur dem Einen geschuldet wird, nicht möglich gewesen wäre.

M. E. hat damit Gaius nicht nur die Meinung Julians verworfen, insofern es sich um die Duplierung der Leistungen handelt,

sondern er hat damit im Gegensatz zu Julian Korrealität angenommen, trotzdem dem einen Gläubiger decem, dem anderen decem aut Stichus geschuldet werden. Einen Beleg dafür sehe ich darin, dass Gaius mit Julian das „non esse duos reos stipulandi" dahin erklärt, dass im Falle der Leistung an den einen Gläubiger der Schuldner „nihilominus alteri obligatus maneat".[43]) Solidarität ist eben auch für Gaius das Wesen der Korrealität, wie wir dies später bei den verschiedensten Schriftstellern konstatieren werden, und schon oben bei Justinian hervorgehoben haben.[44]) —

Wir können daher nicht zugeben, dass die Korrealität nach irgend einem Erfordernis sich von der blossen Solidarität unterscheide, weder was die Identität des Gegenstandes, noch was die Einheit der causa betrifft. —

Während Czyhlarz die Identität des Inhalts nicht genügt, damit Korrealität entsteht, sieht umgekehrt Landucci in der Identität des Gegenstandes das der Korrealität wesentliche Moment und stellt ihr in der blossen Solidarität die Äqualität des Gegenstandes gegenüber,[45]) wobei er anscheinend unter dem „Gegenstande" wie wir den Gegenstand der Obligation, d. h. die Leistung, versteht, ohne jedoch diesen Begriff näher zu bestimmen.[46]) Ebenso fehlt es an jeder Ausführung darüber, wie eigentlich die „Gleichheit" des Objektes zu denken sei; inwiefern die an sich

---

[43]) Vgl. über diesen Punkt Pescatore, die alternative Obligation S. 13 Anm. 8 (zurückhaltend). — Teilweise übereinstimmend mit der obigen Erklärung der l. 15 cit.: Demangeat p. 360—367, der aber hinsichtlich der Erklärung des „dotis nomine" unter Verweisung auf l. 1 C. 5. 11; l. 115 D. de V. O. u. l. 69 § 4 D. de J. D. 23, 3 mit Czyhlarz übereinstimmt. Richtig erklärt Demangeat den Fall der promissio ususfructus. Den Schlusssatz der Stelle „sed dicendum — liberatur" hält Demangeat (wie schon A. Faber, coniecturae XI 19) für interpoliert und glaubt, dass Gaius eine Befreiung per exceptionem doli mali angenommen habe. Dagegen siehe Czyhlarz S. 76 N. 50. — Landucci S. 34 f. will aus der l. 15 herauslesen, dass die getrennte Stipulation die Identität des Gegenstandes verrichtet!? Vgl. auch Helmolt S. 135.

[44]) § 1 J. h. t. 3, 16; oben S. 13.

[45]) Le obbligazioni in solido secondo il diritto Romano p. 12, 29 squ.

[46]) Gegen Landucci Schneider krit. Vierteljahrsschr. XXVI S. 455; Eisele Archiv f. civ. Praxis 77 S. 459; Ryck Zeitschr. f. Handelsrecht N. F. XIII S. 437, welcher umgekehrt rügt, dass die „Identität des Objekts" bei der Korrealität nicht näher begründet wurde. So berechtigt diese Ausstellung an sich ist, so ist daraus dem Verfasser ein geringerer Vorwurf zu machen, weil er hier mit einem Begriffe operiert, der schon geraume Zeit vor ihm gang und gäbe war. Vgl. Savigny, Arndts u. a. — Gegen die „Gleichheit" auch Kuntze, die Obligationen und das ius extraordinarium S. 147.

verschiedenen Objekte vergleichbar sein sollen. Darüber scheint uns denn Landucci sich selbst nicht klar zu sein. Denn während er im § 2 die Verpflichtung zum Schadenersatz, zu deren Geltendmachung die actio de effusis et deiectis besteht, für die mehreren Verpflichteten nicht identisch, sondern nur „gleich“ sein lässt,[47]) versucht er in § 6 den Unterschied zwischen Gleichheit und Identität auseinander zu setzen, bemerkt dabei, dass er nicht von physischer, sondern juristischer Identität spreche[48]) und gibt als Beispiel für die Identität den Fall an, dass der nämliche Stichus von zwei Personen dem Gaius geschuldet wird: in diesem Falle soll die Leistung seitens des einen Schuldners auch den anderen befreien, während dann, wenn die Obligationen besondere, aber äquale Objekte haben, der Leistung diese Wirkung nicht zukommen soll.

Hiernach unterscheidet Landucci zwischen Identität und „equalianza“ und lässt im ersten Falle Korrealität, im zweiten Solidarität eintreten.

Da mag denn zunächst bemerkt werden, dass Landucci unter dem „Objekt“ bei der Solidarität anscheinend etwas anderes versteht als bei der Korrealität. Bei der letzteren das „Objekt“ im juristischen Sinne; bei der ersteren kann dies gar nicht gemeint sein; vielmehr geht hier Landucci davon aus, dass die blosse Solidarität immer auf Schadenersatz, d. h. auf Geld gerichtet sei und gelangt infolge dieser angeblichen Eigentümlichkeit zu dem Schlusse, dass deshalb, weil diese Forderungen Geldforderungen sind, von Identität nicht die Rede sein kann.[49])

Sehen wir aber von der Vorstellung, die Landucci von dem „Objekt“ und seiner „Gleichheit“ hat, ab, und fragen wir uns, inwiefern man bei einer Mehrheit von Obligationen von Gleichheit des Objektes sprechen kann, und welche Rechtsfolgen sich aus dieser Gleichheit ergeben, so scheint mir eine Gleichheit nur insofern vorhanden sein zu können — eine Gleichheit, die nicht Identität ist — als das Objekt der mehreren Leistungen, mit Landucci zu reden, das physische Objekt, entweder identisch.

---

[47]) „Ihre Obligationen haben alle das nämliche Objekt, welches gänzlich gleich ist“ (p. 12).

[48]) § 6 p. 29. — p. 12 N. 2 unterscheidet Landucci zwischen Identität und Gleichheit folgendermassen: Erstere liegt vor, wenn Gaius die nämlichen 1000 verspricht wie Titius, Gleichheit, wenn Gaius 1000 verspricht, Titius auch 1000, aber jeder für sich.

[49]) p. 125 s. § 24.

oder nicht einmal dies, sondern nur dem Betrage nach gleich ist; ersteres, wenn das geschuldete Objekt eine Spezies, letzteres, wenn es eine res fungibilis ist. Dass aber daraus, dass mehrere Personen das nämliche Objekt schulden oder zu fordern berechtigt sind, sich nicht die mindeste rechtliche Folge ergibt, glauben wir im § 1 hinreichend bewiesen zu haben.[50])

So will es uns weder denkbar scheinen, dass zu der Identität der Leistung noch ein weiteres Moment hinzutreten müsse, um Korrealität zu begründen, noch können wir annehmen, dass aus dieser Identität in der Korrealität eine gesteigerte Solidarität entstehe.

Wir können uns insbesondere auch nicht mit dem Ryckschen Unterscheidungsversuch einverstanden erklären.[51]) Die Korrealität beruht nach ihm auf dem Grundgedanken, dass trotz einer Mehrheit solidarischer Forderungsrechte doch nur eine einmalige Geltendmachung des nämlichen Forderungsinhalts gegeben ist, jene Mehrheit also in einer Einheit der Ausübung und Realisierung aufgeht und die von einem Korrealgläubiger und gegen einen Korrealschuldner vorgenommene Realisierungshandlung Befreiung für und gegen alle übrigen wirkt.[52]) Während die Solidarität ihre wahre Bedeutung durch „ihren“ Gegensatz, die Geteiltheit von Forderung und Schuld, erhalten soll,[53]) indem sie die aus dieser hervorgehenden Nachteile beseitigen soll,[54]) bewegt sich die Korrealität in engeren Grenzen: sie bezweckt „eine einheitliche Abwickelung und Realisierung der daraus hervorgehenden Schuldverhältnisse“.[55])

---

[50]) Deshalb sieht sich auch Landucci genötigt, in den Begriff der Solidarität das Moment aufzunehmen, dass das „gleiche Objekt nur einmal zu leisten sei; die Erörterung der Frage, worauf diese Einmaligkeit zurückzuführen sei, hätte Landucci den rechten Weg gewiesen. S. auch Kuntze a. a. O.

[51]) Ryck, die Lehre von den Schuldverhältnissen 1889 S. 52—95, S. 262 bis 268, Einleitung S. X—XII.

[52]) § 14 S. 62.

[53]) S. 60.

[54]) S. 61.

[55]) Es ist von vornherein der Ausgangspunkt Rycks als unrichtig zu bezeichnen. Richtig ist zwar, dass die „Sicherheit und Bequemlichkeit der Rechtsverfolgung“, in die Savigny das praktische Wesen der Korrealität verlegt, zwei heterogene Zweckgebiete zusammenwirft (Ryck, S. 60). Aber unrichtig ist, dass der Zweck der Sicherung des Gläubigers der Solidarität (soll hier wohl heissen: der Korrealität) als solcher durchaus fremd sei. Es ist eine offensichtlich unrichtige Behauptung, dass die Solidarität keine grössere Sicherheit gewährt, als die Teilhaftung; man braucht nur daran zu denken, welche

Wir müssen zunächst gestehen, dass wir in diesen allgemeinen Sätzen einen Unterschied zwischen den Anwendungsgebieten der Korrealität und der Solidarität nicht zu entdecken vermögen. Wenn die Korrealität „die Zersplitterung der gemeinschaftlich kontrahierten Forderung und Schuld in einzelne Teilansprüche, die Weitläufigkeiten bei der gerichtlichen Geltendmachung“ vermeiden soll —[56]) was bezweckt sie dann anderes und geringeres, als, die Nachteile der Teilhaftung zu beseitigen?[57])

Ebensowenig scheint uns Ryck den Unterschied dogmatisch begründet zu haben.

Die Korrealität setzt nach Ryck die „wesentliche Identität des Gegenstandes in Bezug auf die Leistungspflicht und in Bezug auf die Prästationspflicht voraus.[58]) Unter letzterer versteht Ryck die Verpflichtung, den Wert der Leistung zu prästieren, wenn diese infolge der culpa eines Correus unmöglich geworden ist.[59]) Diese Identität wird nicht analysiert, Ryck beschränkt sich darauf, zu bemerken, dass die Leistung für die einzelnen Correi keine verschiedene, insbesondere auch nicht nach der Person des einzelnen Correus von verschiedenem Werte oder Charakter sein darf, und dass Bedingungen und Zeitbestimmungen die Identität des Gegenstandes nicht wesentlich beeinträchtigen.[60])

Wenn wir hiernach darauf verzichten müssen, bei Ryck eine unmittelbare Belehrung über das Wesen seiner objektiven Identität der Korrealobligation zu finden, so suchen wir nicht minder vergebens, eine solche mittelbar aus seinem Solidaritätsbegriff zu erfahren.

Solidarität bedeutet nach Ryck an sich nur, dass eine Obligation auf etwas g a n z gerichtet ist, sei es, dass ein einzelner, sei es, dass einer von mehreren auf etwas ganz berechtigt oder verpflichtet ist.[61])

Rolle im späteren römischen Recht die Solvenz der Korrealschuldner spielt, und zu welchem Zwecke heute noch Hypothekenbanken, Stiftungen etc. Kredit nur gegen Solidarhaftung gewähren, um die Verfehltheit dieser Behauptung zu erkennen. Dass die Teilhaftung übrigens nicht den einzigen Gegensatz der Solidarhaftung bildet, ist oben im § 1 ausgeführt.

[56]) S. 61.

[57]) S. 60.

[58]) S. 67.

[59]) S. 77 ff.

[60]) S. 67/68.

[61]) S. 82. — Schon Brinz, krit. Bl. IV S. 27 ff. geht davon aus, dass die Einheit der Obligation „etwas Natürliches ist“, dem gegenüber die Mehrheit

Solidarität im engeren Sinne dagegen bezeichnet der Fall, wo mehrere Obligationen in der Identität des Gegenstandes zusammentreffen,[62]) und diese ist entweder Korrealität oder die blosse Solidarität, letzteres dann, wenn sich „die Beziehung der Obligationen auf dieses rein äusserliche Zusammentreffen beschränkt". Daher bestehen die sog. Solidarobligationen unabhängig von einander und unterliegen nur gemeinschaftlich dem Einfluss, den die Identität des Gegenstandes überhaupt äussert und der ganz besonders da hervortritt, wo eine und dieselbe Spezies geschuldet wird.[63]) Diese Identität des Gegenstandes äussert sich darin, dass durch die Leistung von seiten des einen Verpflichteten auch die Verbindlichkeit der übrigen aufgehoben wird, aber nur deshalb, weil ihnen dadurch die Leistung unmöglich gemacht ist.[64])

Wir haben dagegen nur die Einwendung zu machen, dass Ryck unterlässt, nachzuweisen, warum hier, im Gegensatz zu anderen Obligationen, welche auf den nämlichen Sachgegenstand gehen,[65]) und wo auch eine mehrmalige Leistung der nämlichen Sache physisch unmöglich ist, diese subjektive Unmöglichkeit vom Rechte als Befreiungsgrund anerkannt wird, während in anderen Fällen diese Unmöglichkeit die Prästationspflicht des Schuldners begründet.

Zum andern aber fragen wir, worin denn der Unterschied

---

der Subjekte eine zufällige Rolle spielt (vgl. auch Pand. II § 235). Uns scheint dies eine das punctum saliens nicht treffende Auffassung zu sein. Die Frage ist nicht die, ob es einen Unterschied macht, dass der von einer Obligation bezweckte ganze Erfolg von einem oder von mehreren herbeigeführt wird, sondern die, warum von Mehreren jeder einen ganzen Erfolg, und zwar den nämlichen ganzen Erfolg, herbeizuführen verpflichtet ist; m. a. W., worin das Wesen der Solidarität im Rechtssinn begründet ist. Diese Frage zu beantworten, ist von jenem ganz wertlosen Ausgangspunkt nicht möglich.

[62]) S. 82.

[63]) S. 83.

[64]) S. 83.

[65]) Die Stellen, welche Ryck dafür anführt (N. 4 u. 5) beziehen sich nur auf den geschuldeten Sachgegenstand: l. 34 § 3 D. de leg. I°; l. 108 § 4 eod.; § 10 J. de leg. 2, 20; § 14 J. de act. 4, 6; §§ 2, 22 J. de inut. stip. 3, 19; l. 29 § 1 D. de V. O. u. s. w. Die beiden erstgenannten Stellen zeigen vielmehr, dass dem Satze „eadem res saepius praestari non potest" eine ganz andere Bedeutung zukommt, als sie Ryck ihm unterlegt; denn wenn dem einen die Sache geleistet wird, kann der andere die aestimatio verlangen „quia res saepius pr. n. p." Der Satz hat mit der Solidarität also gar nichts zu schaffen.

zwischen Korrealität und Solidarität nach den Voraussetzungen besteht. Identität des Gegenstandes liegt nach Ryck bei beiden vor; bei der Solidarität bewirkt sie die Befreiung der sämtlichen Schuldner durch einmalige Leistung infolge der Unmöglichkeit öfterer Leistung; bei der Korrealität bewirkt die nämliche Identität die nämliche Befreiung, aber nicht infolge der Unmöglichkeit öfterer Leistung, sondern infolge „des korrealen Zusammenhangs, welcher die Selbständigkeit der einzelnen Obligation dahin beeinflusst, dass jeder Korrealschuldner nur insoweit haftet, als nicht bereits ein Mitschuldner den gemeinsamen Schuldinhalt erledigt hat.“ [66]) Uns scheint in der Begründung der Solutionswirkung bei den Solidarobligationen ein direkter Widerspruch zu dieser Ausführung zu liegen. Denn wenn die Identität des Gegenstandes und die durch sie vermittelte Unmöglichkeit mehrfacher Leistung der Grund jener Wirkung ist, so sehen wir nicht ein, warum dies nicht der Grund der nämlichen Wirkung bei der Korrealobligation sein soll, da doch die Ursache dieser Wirkung in beiden Fällen die nämliche ist. Zudem ist es eine ganz willkürliche Behauptung, dass bei der Korrealobligation jeder Schuldner nur unter einer negativen Bedingung hafte; die Quellen unterscheiden sehr wohl die Korrealhaftung von einer bedingten Haftung für den Fall der Nichtleistung durch einen anderen. [67])

Wir haben im vorstehenden nur die Korrealitätstheorien behandelt, welche mit unserer eigenen Theorie nähere Berührungspunkte haben. Wir beabsichtigen nicht, einen Beitrag zu der Kontroverse über die Einheit oder Mehrheit der Korrealobligation zu geben, wenn wir auch auf die Einheitstheorie noch zu sprechen kommen werden. [68]) Infolgedessen konnten wir unsere Polemik in der angegebenen Weise beschränken, und zwar umso eher, als wir den vielen Gründen und Bedenken, welche ältere Schriftsteller gegen die Einheitstheorie erhoben haben, nur wenig Neues beifügen können. Es genügt uns, gezeigt zu haben, was die Korrealitätstheorie der römischen Juristen ist und diese gegen die Meinungen der neueren Schriftsteller verteidigt zu haben. In allen besprochenen Theorien ist ein richtiger Kern enthalten; dass es den Gelehrten nicht gelungen ist, ihn unverletzt herauszuschälen, hat seinen Grund darin, dass man nicht gewagt hat,

---

[66]) S. 63.

[67]) l. 116 D. de V. O. 45, 1.

[68]) Im IV. Kap.

das Messer an der richtigen Stelle anzusetzen. Noch immer ist der Ausgangspunkt für die Betrachtung und Konstruktion der Korrealobligation die befreiende Wirkung der Litiskontestation; aber darin erblicken die Römer nur eine Folge der Korrealität, nicht das Wesen derselben; dieses sehen sie vielmehr in der Wirkung der Erfüllung, und hinsichtlich dieser Wirkung besteht keine Verschiedenheit zwischen Korrealität und Solidarität. Würde man die Frage richtig gestellt haben, würde man versucht haben, auf exegetischem Wege das Wesen der römischen Korrealität zu finden, so würde man von dem Dilemma verschont geblieben sein, in welches die Begründung der Litiskontestationswirkung die Gelehrten geführt hat.

So können wir im Ergebnis nur mit Kuntze übereinstimmen, wenn er behauptet, dass die römischen Juristen von der solutio als naturalis resolutio obligationis ausgehend das Korrealitätssystem durchgebildet haben und dass jeder andere Ausgangspunkt ein willkürlicher ist.[69]) Auch für uns besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen Solidarität und Korrealität nicht. Dies haben wir zunächst versucht, im allgemeinen aus den Quellen zu entwickeln. Ob unser Ergebnis probehaltig ist, wird sich bei der Betrachtung der einzelnen Rechtswirkungen zeigen. Bevor wir uns jedoch dieser Aufgabe unterziehen, ist es nötig, den Kreis der solidarischen Obligationen genau abzugrenzen; die Frage dagegen, ob Korrealität oder Solidarität, welche nach unserem bisherigen Ergebnis für uns selbst bedeutungslos ist, werden wir (gleichwohl, wenn auch) erst bei Betrachtung der Litiskontestationswirkung behandeln,[70]) um unseren Gegnern zu zeigen, dass eine Korrealitätstheorie, welche mit den Quellen im Einklang bleiben will, unmöglich ist.

---

[69]) Kuntze, Oblig. u. ius extraord. S. 156.
[70]) S. unten Kap. IV.

II. Kapitel.

Fälle der Solidarität.

§ 4.

I. Die paritätischen Solidarobligationen.

Geht man von dem in den vorstehenden Paragraphen entwickelten Solidaritätsbegriff aus, so ist die Zugehörigkeit zur Solidarität für eine Reihe von Fällen nicht zweifelhaft, nämlich für diejenigen, aus welchen wir den genannten Begriff entwickelt haben. Das sind die auf Vertrag beruhenden Solidarobligationen, die wir mit den Quellen als Korrealobligationen bezeichnen, ferner die testamentarischen Solidarobligationen und endlich eine Reihe von Delikts- und deliktsähnlichen Obligationen, welche denn auch allgemein als Solidarobligationen anerkannt sind.

Für eine Reihe anderer Fälle ist es dagegen zweifelhaft und bestritten, ob sie den Solidarobligationen zuzuzählen sind. Die Beantwortung dieser Frage muss freilich verschieden ausfallen, je nach der Bedeutung der Solidarität, die man zum Ausgangspunkte nimmt. Indessen hat man die Frage in der Regel nach so allgemeinen Gesichtspunkten behandelt, dass, unbeschadet unseres Ausgangspunktes, doch eine Auseinandersetzung mit den Gegnern möglich ist.

I. Ob die sogenannten unteilbaren Obligationen im Fall einer Mehrheit von Schuldnern Solidarobligationen sind, ist sehr bestritten.[1]) Während Ribbentrop die Solidarität mit der Bemerkung verneint, dass, wenn auch nach den Quellen die einzelnen Schuldner „in solidum“ verpflichtet seien, der Sinn dieser Ausdrucksweise doch nur der sei, dass sich kein einzelner durch blosse Teilleistung befreien könne,[2]) wird sie seit Savigny mit überwiegender Mehrheit angenommen.[3])

[1]) Vgl. hierüber Ribbentrop S. 178 ff. § 21; Savigny, Obligationenrecht I § 34; Brinz, krit. Bl. IV S. 11 ff.; Pand. II § 233; Kuntze, die Obligation u. die Singularsuccession § 55 S. 233 ff.; Ubbelohde, die unteilbaren Obligationen § 36 S. 265 ff.; Siebenhaar, Korrealobl. II § 62 S. 181 ff.; Czyhlarz a. a. O. S. 106 ff. u. a. m.

[2]) S. 183. Ebenso S. 187/188, wo er Solidarität nur „insofern“ annimmt, als die Naturalerfüllung nur in solidum möglich ist.

[3]) Neuerdings verneint die Solidarität wieder Landucci S. 161 ff.

Für uns kann es sich natürlich bei Behandlung dieser Frage nicht darum handeln, eine Dogmatik der unteilbaren Obligationen zu geben, insbesondere zu untersuchen, in welchen Fällen die Quellen Unteilbarkeit annehmen, und das dieser Annahme zu Grunde liegende Prinzip zu erforschen. Vielmehr muss es genügen, bei solchen Obligationen, deren Erfüllung nach den Quellen zweifellos unteilbar ist, zu prüfen, ob durch die Unteilbarkeit der Leistung auch Ungeteiltheit der Schuld hervorgebracht wird, ob sich die Haftung des einzelnen um der natürlichen Unteilbarkeit willen zur rechtlichen Ganzhaftung steigert. Auch das ist nicht unser Problem an dieser Stelle,[4]) ob, die Solidarität vorausgesetzt, Korrealität vorliegt; dass sich aus dem ersten das zweite nicht notwendig ergibt, hat bereits Brinz mit Recht bemerkt;[5]) aber dass, um die Korrealität festzustellen, notwendige Voraussetzung die Feststellung der Solidarität ist, müssen wir gegen Brinz behaupten und daher können wir seine Einwendungen gegen die Beweisführung Ribbentrops und Savignys nur zum Teil als begründet erachten. Mit der Solidarität ist ja wohl die Korrealität noch nicht gegeben, wohl aber mit der letzteren die erstere.

Über das punctum saliens unserer Frage ist man einig: man weiss, dass die Quellen die Schuldner einer unteilbaren Leistung „in solidum“ haften lassen;[6]) es fragt sich nur, ob auch dann, wenn die Unteilbarkeit wegfällt, nämlich im römischen Rechte im Fall der Geldkondemnation, bei uns im Fall des verschuldeten

---

[4]) Dagegen werden wir uns mit dieser Frage im IV. Kapitel beschäftigen.

[5]) Krit. Bl. IV S. 11, 12.

[6]) Vgl. l. 2 § 2 D. de V. O. 45, 1: et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris in solidum tenentur. l. 85 § 2 eod. . . . Secunda ad opus, quod testator fieri iusserit: nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest. l. 17 D. de serv. 8, 1: Viae itineris actus aquaeductus pars in obligationem deduci non potest. et ideo si promissor decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio . . . igitur, quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur. l. 11 § 23 D. de leg. III°: Si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri divus Marcus et Lucius Verus Proculae rescripserunt . . . l. 80 § 1 D. ad leg. Falc. 35, 2: Quaedam legata divisionam non recipiunt, ut ecce legatum viae itineris actusve . . . quorum omnium legatorum nomine, et si plures heredes sint, singuli in solidum tenentur. l. 192 pr. D. de R. J.: Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur. Vgl. l. 4 § 1 D. de V. O.: quod nisi in solidum peccari non poterit . . .

Untergangs des Leistungsgegenstandes, trotz der nunmehr eingetretenen Teilbarkeit die Haftung solidarisch bleibt; allerdings muss aber, wenn letzteres nach den Quellen nicht der Fall ist, weiter geprüft werden, ob damit nicht auch die ursprüngliche Solidarität verneint werden muss.

Und in der That scheint es mir unter der angegebenen Voraussetzung unmöglich, die unteilbaren Obligationen als Solidarobligationen zu betrachten.

Wenn der Kläger in der condemnatio pecuniaria sein Interesse erlangt, so bedarf dieses seiner juristischen Bestimmung; wodurch anders aber erhält es seine Bestimmung, als durch den Inhalt der Obligation? Dass die Teilung des Interesses keinen materiellen Einfluss auf den Inhalt der Klage selbst hat,[7]) ist nur insofern richtig, als das Interesse durch den Anspruch, nicht dieser durch jenes bestimmt wird; unrichtig dagegen doch wohl insofern, als sich aus der condemnatio auf das quod interest, auf den Umfang des Anspruches ein Schluss ziehen lässt: das Forderungsrecht bestimmt das Interesse; eine Teilverpflichtung kann sich nur in einer Teilkondemnation, eine Solidarverpflichtung nur in einer condemnatio in solidum äussern. Es ist mir daher vollkommen unverständlich, wie dann, wenn der Kläger den Beklagten zum Solidarschuldner hat, d. h. wenn er berechtigt ist, die Leistung ungeteilt vom Beklagten als Schuldner zu fordern, das Interesse nur pro parte erlangt sollte werden können.[8]) Würde

---

[7]) Burckhard, die actio aquae pluviae arcendae (Fortsetzung von Glück, Buch 39 u. 40, III. Teil) S. 499/500.

[8]) Die Teilung der Kondemnation ist allerdings bei der actio confessoria bezeugt, obwohl die Klage in solidum zusteht: l. 4 § 3 D. si serv. vind. 8, 5 vgl. Burckhard a. a. O. S. 499 N. 43 und meine „subj. Grenzen der Rechtskraft" S. 51 ff. Aber ich glaube nicht, dass hieraus ein Schluss auf die unteilbaren Obligationen gezogen werden kann. Denn bei der actio confessoria — und ebenso bei der negatoria — haben wir einen Massstab für das „quod interest" — nämlich das Miteigentum — welcher bei den obligatorischen Klagen vollständig fehlt. Als Miteigentümer kann einer nur zum Teil interessiert sein, als Solidargläubiger nur in solidum. Anderseits wäre ein Schluss von der Mehrheit der Eigentümer des fundus dominans nur auf die Mehrheit der Gläubiger überhaupt möglich; auf die Schuldnermehrheit könnte nur von den Miteigentümern des fundus servus geschlossen werden, und hier gewährt die l. 4 § 4 D. eod. 8, 5 keine sichere Auskunft darüber, ob die Kondemnation in partes oder in solidum erfolgte (solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit). Denn wenn diese Worte auf den arbitratus iudicis zu beziehen sind, steht der Annahme der Teilkondemnation nichts im Wege. Wenn man freilich mit Lenel, edictum

sich daher ergeben, dass die Römer bei den unteilbaren Obligationen die condemnatio pecuniaria nur pro rata parte zugelassen haben, so würde daraus folgen, dass die Römer diese Obligationen nicht als Solidarobligationen betrachteten, mit der Wendung „in solidum teneri" also etwas ganz anderes als sonst bezeichnen wollten. Dass gleichwohl die Naturalerfüllung nicht anders als in solidum erfolgen darf, liesse sich hinreichend daraus erklären, dass die Teilleistung nur durch die Ganzleistung möglich ist, dass aber die Pflicht zur Leistung nicht juristisch zur Ganzleistung gesteigert ist.[9])

Die Frage, die wir hiernach zuerst zu stellen haben, um zu einer sicheren Beantwortung der eben behandelten Frage zu gelangen, ist nicht die, ob der einzelne Schuldner zur Naturalleistung in solidum verpflichtet ist,[10]) sondern ob thatsächlich die Quellen die condemnatio in partes bei der unteilbaren Obligation anerkennen. Über diesen Punkt aber wird bekanntlich lebhaft gestritten.[11]) Nur dass bei der Obligation auf Bestellung einer Prädialservitut jeder der mehreren Schuldner zur Bezahlung der ganzen Litisaestimation verurteilt wurde, ist nie verkannt worden.[12])

Für die communis opinio, welche bei den anderen unteil-

---

perpetuum S. 152 bei den Rustikalservituten die Restitutionsklausel streicht, so würde l. 4 § 4 cit. sogar ein Argument gegen die Teilung der Condemnation ergeben, da das „solidum debet restituere" nicht auf das arbitrium bezogen werden und so nur von dem Erfolg der Klage verstanden werden könnte. Alsdann würde die dingliche Klage der obligatorischen im Falle der Schuldnermehrheit ebenso, wie in dem der Gläubigermehrheit, vollständig entsprechen. Dies würde aber auch mit der ratio legis vollkommen übereinstimmen, da sich das „quod interest" nach der Person des Berechtigten, nicht nach der des Verpflichteten oder Belasteten bestimmt, und mithin das Miteigentum am fundus servus nicht im stande ist, eine Teilung des Interesses und der Geldcondemnation zu bewirken.

[9]) Was Rümelin, die Teilung der Rechte 1883 S. 226 ff. übersehen hat.

[10]) Wie Rümelin S. 288 annimmt.

[11]) Ubbelohde S. 78 ff.; Rümelin S. 259 ff.; Bethmann-Hollweg, der röm. Civilprozess II S. 471.

[12]) l. 25 § 10 D. famil. ercisc. 10, 2; Ribbentrop S. 231, 262; Savigny, Obligationenrecht I S. 357; Brinz, krit. Bl. IV S. 12; Vangerow, Pand. III § 567 Anm. 2 Z. I; Ubbelohde S. 47, 52 ff.; Rümelin S. 236 f. Abweichend Baron S. 216 f., welcher zwar annimmt, dass im Falle der l. 25 § 10 cit. die Erben in solidum haften, dies jedoch auf die Eigentümlichkeit des besonderen Falles zurückführt, weil durch die Teilung des fundus serviturus oder seine Zuweisung an einen von den Erben allein sich die Erben ausser stand gesetzt haben, ihrer Verpflichtung, diese eine Servitut zu bestellen, nachzukommen. Da-

baren Obligationen die Teilung der Condemnatio annahm, entstand dadurch die Schwierigkeit, diese Verschiedenheit zu erklären. Dass Ribbentrops Versuch, dieselbe auf eine Verschiedenheit der Klagformeln zurückzuführen, missglückt ist, wird heute kaum mehr bezweifelt werden.[13]) Man könnte dagegen vielleicht davon ausgehen, dass bei der Promission, eine Prädialservitut zu bestellen, die den Gegenstand der Obligation bildende Handlung juristisch besonders qualifiziert ist, weil das „dare servitutem“ die Abgabe einer Willenserklärung bedeutet. Da die Servitut nur von allen Miteigentümern bestellt werden und die Bestellungserklärung nicht geteilt werden kann, vielmehr die Obligation der mehreren Schuldner wie die des einzelnen geradezu auf eine mehrfache Abgabe der betreffenden Erklärung gerichtet ist, wird durch die Nichterfüllung von seiten des einen Schuldners der beabsichtigte Erfolg ebenso vereitelt, als durch die Nichtabgabe der Erklärung von seiten der sämtlichen Schuldner. Das Interesse daran, dass der einzelne leiste, wäre also hier das Nämliche, wie dass alle leisten, und daraus liesse sich, die angegebene Verschiedenheit vorausgesetzt, m. E. diese Verschiedenheit wohl rechtfertigen.

Denn es scheint uns allerdings insofern eine innere Verschiedenheit dieses Falles von den anderen Fällen unteilbarer Obligationen zu bestehen, als hier die Erfüllung nur von allen gemeinsam — oder, was dem gleich ist, von einem für alle — vorgenommen werden kann, während es in den anderen Fällen offenbar ganz gleichgültig ist, ob die Leistung von diesem oder jenem oder von allen vorgenommen wird.

Vor allem aber handelt es sich doch darum, die Quellen um ihre Meinung zu befragen. Diese Untersuchung, bei welcher wir uns in der Hauptsache auf Ubbelohdes grundlegende Abhandlung beziehen können, führt uns aber zu einem sehr negativen Ergebnisse.

---

gegen (ohne Begründung): Rümelin S. 337. Wir werden sehen, dass der angebliche Zwiespalt sich in anderer Weise löst.

[13]) Gegen Ribbentrop S. 223. de Scheurl ad ll. 2. 3. 4. 72. 85 D. de V.O. 1835 S. 99 ff.; Ubbelohde S. 79 ff. Für Ribbentrop Arndts, Pand. § 216 N. und Brinz, krit. Bl. IV S. 52. Dagegen wieder Vangerow III § 567 Anm. 1 Z. I 1 a. E. S. 9. — Gegen Ubbelohde S. 80 ff., welcher bei den obligationes auf ein facere annimmt, dass das quidquid ob eam rem dare facere oportet genau so, wie das „quanti ea res est“ bei den Obligationen auf dare (condictio certae rei) die Aestimation und nicht das Interesse bezeichne, s. Karlowa, R. Rechtsgeschichte II S. 709 N. 2. Für uns ist diese Frage belanglos. —

Man hat sich für die von der communis opinio vertretene Ansicht auf eine Reihe von Stellen berufen, von denen keine aber einen Beleg für die Teilung der Geldkondemnation bildet. Die l. 49 § 4 D. de leg. II° behandelt nur das Verhältnis mehrerer Erben, welche eine unteilbare Leistung schulden, untereinander, nicht gegenüber dem Gläubiger;[14]) ebensowenig beweisen die ll. 3 § 3 D. commod. 13, 6; 7 § 1, 9, 22 D. depos. 16, 3, da sie, wie Ubbelohde mit Recht betont,[15]) nur von einer ursprünglich unteilbaren Obligation handeln, deren Naturalerfüllung infolge des dolus des ursprünglichen Schuldners unmöglich geworden ist und welche als Verpflichtung zur Interesseleistung, also als teilbare Obligation, und mithin geteilt, auf die Erben übergegangen ist.

Das Nämliche gilt von der l. 72 pr. D. de V. O., deren Auslegung von Ubbelohde[16]) ziemlich allgemein angenommen ist.[17]) Ubbelohde geht davon aus, dass jede auf eine facere gerichtete Stipulation eine stipulatio incerta ist, welche eine actio incerti erzeugt, während die Klage, welche in der Stelle erwähnt wird, mit dem für die condictio certi technischen Ausdruck „petitio" bezeichnet wird, und schliesst daraus, dass ein besonderer Fall vorliegen müsse, welcher trotz des facere diese condictio begründe und zugleich den Gegenstand der Obligation als teilbar erscheinen lasse. Als diesen Fall betrachtet Ubbelohde den der Unmöglichkeit der Leistung infolge des Verschuldens des ursprünglichen Schuldners, welcher von mehreren Personen beerbt ist, sodass die ursprünglich unteilbare Obligation als teilbare infolge der Perpetuation auf die Erben übergegangen wäre.[18])

Dagegen scheinen die ll. 6 § 1 und 11 §§ 1—4 D. de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 3 das Gegenteil auszusprechen. Denn dass nicht eine von vornherein teilbare Verpflichtung diesen Klagen zu Grunde liegt,[19]) dürfte nach Burckhards Unter-

---

[14]) Ubbelohde S. 76.

[15]) S. 82.

[16]) S. Ubbelohde S. 88 ff. — Vgl. Ribbentrop S. 223 ff.

[17]) Scheurl, Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten S. 74, 96 ff.; Karlowa, R. Rechtsgeschichte II S. 710; Brinz, Pand. III § 229 N. 15, 20; Windscheid II § 299 N. 7. Dagegen Vangerow III § 567 Anm. 2 I 2; Baron S. 213 f.; Dernburg II § 24 N. 6; Rümelin S. 249 ff.

[18]) Dafür scheint mir der Umstand zu sprechen, dass Ulpian diese Frage bei der Besprechung der lex Furia behandelt (Gai III 121). Vgl. Lenel, Palingenesia II Ulp. N. 633.

[19]) Ubbelohde S. 198 ff.; vgl. mit S. 259.

suchungen[20]) nicht mehr in Frage zu ziehen sein. Den Gegenstand der actio aquae pluviae arcendae bildet die Restitution des opus, welches den natürlichen Lauf des Regenwassers zum Nachteil des Nachbargrundstücks verändert; daneben auch den Ersatz des Schadens, welcher nach der Litiskontestation angerichtet wurde. In letzterer Beziehung liegt natürlich keine unteilbare Leistung vor; indessen spielt diese Nebenverpflichtung für uns und in den Quellen deshalb keine Rolle, weil nur der Eigentümer, der litem kontestiert hat, sie geltend zu machen berechtigt ist, wie sie anderseits nur gegen den Eigentümer, mit dem lis kontestiert wurde, geltend gemacht werden kann,[21]) sodass also die Frage, welche uns bezüglich der Restitutionspflicht zu beschäftigen hat, welche Folgen sich nämlich daran knüpfen, dass von mehreren Berechtigten oder Verpflichteten nur einer klagt oder verklagt wird, hier gegenstandslos ist.

Trotz dieser Unteilbarkeit der Leistung ist in den genannten Stellen eine Teilkondemnation wenigstens als möglich anerkannt:

> l. 6 § 1 cit.: Ulpianus libro LIII ad edictum: Si ex plurium fundo decurrens aqua noecat vel si plurium fundo noceatur, placuit eoque iure utimur, ut, sive plurium fundus sit, singuli in partem experiantur et condemnatio in partem fiat, sive cum pluribus agatur, singuli in partem conveniantur et in partem fiat condemnatio.
>
> l. 11 § 1: Paulus libro XLIX ad edictum: Cassius ait, sive ex communi fundo sive communi aqua noceat, vel unum cum uno agere posse vel unum separatim cum singulis vel separatim singulos cum uno vel singulos cum singulis. si unus egerit et restitutio operis litisque aestimatio facta sit, ceterorum actionem evanescere: item si cum uno actum sit et si praestiterit, ceteros liberari idque, quod sociorum nomine datum sit, per arbitrum communi dividundo reciperari posse.
>
> § 2: Et ex sociis non utique cum eo agendum qui opus fecerit nec minus eum quoque damnum restituere debere, qui auctor operis [22]) fuit, apud Ferocem Proculus ait: si cum uno dominorum actum sit, qui opus non fecerit, debere eum opus restituere sua impensa, quia communi dividundo actionem habet. sed sibi magis placere patientiam

[20]) Die actio aquae pluviae arcendae S. 503 ff.

[21]) Burckhard a. a. O. S. 494 f. N. 38.

[22]) Mommsen: non fuit.

dumtaxat eum praestare oportere, quia sua culpa actor id patiatur, qui non agit cum eo, a quo opus factum sit, et est iniquum eum, qui non fecit, id restituere oportere, quoniam communi dividundo agere potest: quid enim fiet, si socius eius solvendo non fuerit?

§ 3: Officium autem iudicis inter duos accepti quale futurum sit, dubitare se Julianus ait, si forte unius fundus fuerit cui aqua noceat, si vero in quo opus factum sit, plurium et cum uno eorum agatur: utrum et eius damni nomine, quod post litem contestatam datum sit, et operis non restituti in solidum condemnatio fieri debeat, quemadmodum, cum servi communis nomine noxali iudicio cum uno agitur, condemnatio in solidum fiet, quoniam quod praestiterit, potest a socio recipere? an vero is cum quo agitur pro parte sua et damni dati et operis non restituti nomine damnandus sit, ut in actione damni infecti fiat, cum eius praedii, ex quo damnum metuatur, plures domini sint et cum uno eorum agatur? licet opus, ex quo damnum futurum sit, individuum sit et ipsae aedes solumque earum non potest pro parte dumtaxat damnum dare, nihilominus eum cum quo agitur pro sua parte condemnari. magisque existimat id servandum in aquae pluviae arcendae actione, quod in actione damni infecti, quia utrobique non de praeterito, sed de futuro damno agitur.

§ 4: Quodsi is fundus, cui aqua pluvia nocet, plurium sit, agere quidem vel singulos posse: sed damni, quod post litem contestatam datam sit, non amplius parte sua consecuturum: item si opus restitutum non fuerit, non amplius quam quod pro parte corum interfuerit opus restitui, condemnationem fieri oportere. —

In Bezug auf die erstgenannte l. 6 § 1 ist zweifellos Burckhard [23]) zuzustimmen, wenn er Brinkmanns [24]) Ansicht, dass der einzelne Miteigentümer gar nicht in solidum habe belangt werden können, zurückweist. Eine andere Frage aber ist, ob Burckhard im weiteren zugestimmt werden kann, nämlich bezüglich seiner Ansicht, dass die actio aquae pluviae arcendae, obwohl sie in

[23]) S. 499 f.

[24]) Verhältnis der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum S. 104 N. 102 a. E.

solidum angestellt worden sei, doch nur eine condemnatio pro parte erwirkt habe. Wie ich glaube, muss diese Frage verneint werden.

Soviel ist allerdings gewiss: die l. 6 § 1 und die l. 11 § 3 cit. lassen die Verurteilung des einzelnen Miteigentümers nur pro parte zu. Weniger zweifellos scheint es mir aber zu sein, dass die l. 6 § 1 von einer in solidum angestellten Klage handle. Burckhard beruft sich auf die Analogie der actio confessoria, die ja auch dem einzelnen Miteigentümer in solidum zustand und trotzdem zu einer Verurteilung nur pro parte führte. Allein dies steht nur für die Mehrheit der Eigentümer am fundus dominans fest und gründet sich darauf, dass der Miteigentümer am fundus dominans eben nicht das solidarische Interesse an der Servitut hat, wie der Alleineigentümer.[25]) Anderseits ist freilich Burckhard zuzugeben, dass dann, wenn der Gegenstand der Obligation ein unteilbares facere ist, wohl auch die Klage, die doch zunächst den Inhalt der Obligation geltend macht, in solidum zustehen muss, und jedenfalls kann ich nicht einsehen, wie bei der Formel:

> Si paret opus factum esse in agro Capenate, quo agro Auli Ageri aqua pluvia noceret, quam ob rem N^m^ N^m^ eam aquam A° A° arcere oportet, si ea res arbitrio tuo non restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam condemna —[26])

überhaupt in partem intendiert werden konnte.

Allein dem steht der Umstand gegenüber, dass in der l. 6 § 1 im Gegenstand zu anderen Stellen von einem „in partem experiri“ und „in partem conveniri“ gesprochen wird, und man wird zugeben müssen, dass diese Ausdrucksweise sich schlecht mit einer Intentio in solidum verträgt. Ist also die l. 6 § 1 mindestens nicht über jeden Zweifel erhaben, so trägt die l. 11 §§ 1 und 3 noch wesentlich dazu bei, diese Zweifel zu verstärken.

Denn die l. 11 § 1 geht davon aus, dass durch die restitutio operis und die Entrichtung der Litisaestimation die Klage der geschädigten Miteigentümer untergeht und ebenso, wenn der beklagte Miteigentümer geleistet hat (et si praestiterit) die übrigen Miteigentümer des schadenbringenden Grundstückes befreit werden. Diese Sätze sind m. E. nicht zu vereinigen mit dem „in partes conveniri“ der l. 6 § 1.

Es ist nämlich zwar Burckhard[27]) zuzugeben, dass die

---

[25]) Vgl. oben Anm. 8.

[26]) S. Lenel, edictum perpetuum S. 302, 303.

[27]) a. a. O. S. 493.

Worte der l. 11 § 1 „si unus egerit et restitutio operis litisque aestimatio facta sit" sich auf die Naturalerfüllung beziehen können, auf den Fall nämlich, dass der Beklagte dem arbitratus de restituendo gehorcht hat;[28]) aber nicht das Gleiche kann für die Worte „et si praestiterit" angenommen werden, weil dieser Ausdruck als terminus technicus für die Leistung nach erfolgter Verurteilung im justianischen Rechte gebraucht wird, d. h. für die Bezahlung der Litisaestimation.[28a])

Wir haben aber noch ein anderes Bedenken gegen die Annahme Burckhards, dass die l. 11 § 1 sich zur l. 11 §§ 3 und 4 in der Weise verhalte, dass der erstere § von der Erfüllung des iussus de restituendo, die beiden letzteren dagegen vom Falle des Ungehorsams handeln. Dieses Bedenken schöpfen wir aus dem § 2 der l. 11. Dort unterscheidet nämlich Cassius im Gegensatz zu Proculus zwischen dem Miteigentümer, welcher das schädigende Opus selbst errichtet hat und dem unschuldigen Miteigentümer: Während Proculus den letzteren für die operis restitutio sua impensa haften lässt, weil er für seinen Aufwand im iudicium familiae erciscundae Regress gegen den dominus auctor nehmen kann, lässt ihn Cassius nur zum patientiam praestare verpflichtet sein, weil der Regress unter Umständen für ihn wertlos ist.[29]) Wenn daher der Kläger den dominus non auctor belangt, so ist dies sein eigener Schade: „quia sua culpa actor id patiatur, qui non agit cum eo a quo opus factum sit".

[28]) Burckhard S. 493.

[28a]) Mit Recht hebt auch Eisele S. 443 f. hervor, dass die Worte litisque aestimatio facta sit zu den anderen „et operis restitutio" nicht passen. — Mir will auch scheinen, dass das „quod sociorum nomine datum sit" sich nicht auf den Fall des Gehorsams gegenüber dem arbitrium de restituendo beziehen kann, vielmehr mit diesen Worten der Jurist der Fall der Verurteilung infolge des Ungehorsams und die Leistung der Litisaestimation im Auge hat.

[29]) Burckhard S. 496 N. 39 schreibt das si cum uno dominorum — actionem habet dem Ferox zu, welchen Proculus mit den Worten „sed sibi magis placere" missbillige. Eisele dagegen (Archiv f. civ. Praxis 77 S. 442 f. stellt dies geradezu um. Ich halte weder das eine noch das andere für richtig. Nirgends in der Stelle wird Ferox als selbst handelnd aufgeführt; der Widerspruch gegen die geäusserte Meinung kann aber noch unmöglich dem Proculus zugeschrieben werden, weil diesem offenbar mindestens des et ex sociis — auctor operis fuit zugeschrieben werden muss; dann muss aber auch der Nachsatz von Proculus herrühren, weil er nur die nähere Ausführung des ersten Satzes bildet. Dann kann das „sed sibi magis placere" sich nur auf einen anderen der citierten Juristen beziehen, und dies ist Cassius. Der Indikativ „Proculus ait" ist zwar dem Paulus zuzuschreiben, schliesst aber die Möglichkeit, das Folgende auf Cassius zurückzubeziehen, nicht aus.

Hieraus ergibt sich, dass die Erhebung der Klage gegen den einen Miteigentümer für den Kläger den Nachteil im Gefolge hatte, dass er seiner Klage gegen den anderen verlustig ging.

Dann aber hat der § 1 in der Fassung, wie er uns vorliegt, keinen Sinn: dass der Beklagte geleistet hat, kann die übrigen Miteigentümer nicht befreien, wenn sie schon vorher litiscontestatione befreit sind. Diese Befreiung aber setzt notwendig voraus, dass die Klage in solidum erhoben wurde und dass der Kläger auch die solida aestimatio von dem Beklagten erlangte; Klagkonsumption und Teilkondemnation sind m. E. ebenso unvereinbar mit einander, wie Klagkonsumption und Teilintention. Zu den Worten „si unus egerit" und „si cum uno actum sit" ist also zu ergänzen „in solidum". Alsdann liegt nahe, dass auch die Worte „et restitutio operis litisque aestimatio facta sit" ebenso wie die anderen „et si praestiterit" Emblem sind und aus dem Texte entfernt werden müssen.[30]) Dann würde für Cassius der Satz gelten, dass die Klage des einen Miteigentümers oder gegen den einen Miteigentümer den anderen ausschliesst bezw. befreit, und eine Folge davon bildet der im § 2 erörterte Satz, dass der Kläger, welcher nicht den Thäter, sondern den dominus non auctor belangt hat, den dadurch ihm erwachsenen Schaden selbst tragen muss.

Es ist zu untersuchen, wie sich dazu der § 3 der l. 11 verhält.

Paulus hat den Ausführungen des Cassius, soweit es sich um die Belangung des dominus non auctor handelt, mit dem Jndikativ „et est iniquum" zweifellos zugestimmt. Auch Paulus steht daher auf dem Standpunkt des Cassius, dass der Kläger durch die Litiscontestatio mit dem non auctor einen Nachteil erleidet, d. h. dass altero convento alter liberatur.

Nun führt er aber Julianus an, welcher Bedenken darüber äussert, wie weit das officium iudicis zu gehen hat, wenn von mehreren Eigentümern nur einer verklagt wird: ob die condemnatio, sowohl was die Verpflichtung zur restitutio operis bezw. die Litisaestimation wegen der Zuwiderhandlung gegen den iussus de restitutione als auch den Ersatz des Schadens betrifft, welcher durch das opus nach der Litiscontestation angerichtet wurde, wie bei der actio noxalis in solidum, oder wie bei der cautio damni infecti pro parte zu erfolgen habe. Die beiden Momente,

[30]) Eisele S. 443.

welche zu diesem Zweifel Anlass geben, sind einmal die Unteilbarkeit der Leistung,[31]) soweit die restitutio operis in Frage steht und die Unmöglichkeit, den Schaden auf einzelne Teile des schädigenden Grundstücks auszuschlagen,[32]) anderseits die Teilbarkeit des Schadenersatzes.[33]) Daher entscheidet sich Julian und mit ihm Paulus dafür, dass ebenso wie bei der cautio damni infecti Teilung einzutreten habe, und ebenso tritt nach l. 11 § 4 die Teilung sowohl der Litisaestimation wie des Schadenersatzes bei Mehrheit der Klagberechtigten ein.

Diese Entscheidung ist mit dem § 1 schlechterdings nicht zu vereinigen. Ist der Gegensatz zwischen dem § 1 einerseits und den §§ 3 und 4 anderseits nicht mit Burckhard in einer Verschiedenheit des Thatbestandes zu suchen, was m. E. Eisele hinreichend klargelegt hat, so kann anderseits auch keine Rede davon sein, dass, wie Eisele meint,[34]) Paulus der Meinung des Julian vor der des Cassius den Vorzug gegeben hätte; denn die Ausführungen des Cassius werden von Paulus mit den Worten: „et est iniquum“ gebilligt.

Es kann daher m. E. nur darauf ankommen, dass die Solidarhaftung, welche im § 1 angenommen ist, als Konsequenz der ratio iuris civilis erscheint und dass wir daher den ganzen Schwerpunkt auf das officium iudicis verlegen müssen. Von dem officium iudicis geht Julian aus und das mit Grund, weil nämlich die actio aquae pluviae arcendae ebenso wie die actio noxalis eine actio arbitraria bildet. Daraus erklärt sich das Bedenken Julians: er neigt dahin, die actio aquae pluviae arcendae analog der actio aus der cautio damni infecti zu behandeln; aber daran hindert ihn der Umstand, dass die actio noxalis, deren analoge Anwendung offenbar viel näher liegt, zur condemnatio in solidum führt. Freilich muss dabei überhaupt auffallen, wie der Jurist überhaupt auf die Analogie mit der cautio damni infecti verfallen kann; denn die Klage aus der letzteren gründet sich auf die cautio, geht auf quanti ea res erit und ist von vornherein teilbar.[35]) Das tertium comparationis kann daher, da die letztere Klage auch nicht arbitraria ist, nur darin bestehen, dass in beiden

[31]) Licet opus, ex quo damnum futurum sit, individuum sit...

[32]) et ipsae aedes et solum earum non potest pro parte damnam dare.

[33]) quia .. de futuro damno agitur.

[34]) S. 442 oben. Ebenso Brinz, krit. Bl. IV S. 17.

[35]) l. 40 § 3; l. 27 D. de damno infecto 39, 2; Burckhard, die cautio damni infecti S. 524.

Fällen das Eigentum die Klagvoraussetzung bildet und Miteigentum in Frage steht. Bei der actio noxalis haftet der einzelne Miteigentümer in solidum, bei der cautio damni infecti pro parte. Welchen Einfluss hat das Miteigentum im Fall der actio aquae pluviae arcendae? Julian begründet die Analogie der cautio damni infecti damit, dass nicht de damno praeterito, sondern de damno futuro geklagt werde. Eine auffallende Begründung, um so auffallender, als zum Ersatz des damnum futurum nur der Beklagte allein verpflichtet ist. Indessen muss angenommen werden, dass auch bei Mehrheit der Verpflichteten der Beklagte nur einen Teil des damnum futurum zu prästieren hat, und dass die Teilbarkeit des einen Gegenstandes Julian zum Teil bewogen hat, um der gleichheitlichen Behandlung willen und wegen der Einheitlichkeit der Intentio, welche die Geteiltheit der Schadenersatzpflicht auch nicht zum Ausdruck brachte, dieselbe vielmehr in das „quanti ea res erit“ verlegte, von der Unteilbarkeit der anderen Verpflichtung, wenn diese auch die Hauptverpflichtung war, abzusehen. Darauf scheint mir auch das „quia utrobique non de damno praeterito, sed de futuro damno agitur“ hinzuweisen. Was soll das „damnum praeteritum“? Hierüber gibt Burckhard keine Auskunft. Man möchte daran denken, dass mit diesen Worten die Analogie der actio noxalis zurückgewiesen werden sollte; indessen ist auch denkbar, dass damit ein Argument entkräftet werden sollte, welches man vielleicht aus der Haftung für die verschuldete Unmöglichkeit einer unteilbaren Leistung hätte entnehmen können. Wie dem auch sein mag; jedenfalls ist die Begründung der Ansicht Julians eine etwas oberflächliche; hinter diesen formellen Gründen verbirgt sich der wirklich massgebende Gedanke, dass nämlich, wie Burckhard mit Recht bemerkt,[36]) wenn der Grund der Haftung das Miteigentum ist, der Teileigentümer auch nur zum Teil von der Haftung betroffen werden soll. Diesem Grunde gegenüber kann es nicht darauf ankommen, dass neben der Restitution auch ein damnum futurum, bei der Noxalklage aber ein damnum praeteritum den Streitgegenstand bildete; vielmehr war es die naheliegende Analogie der Deliktshaftung, welche jedenfalls die Anwendung des eben genannten Prinzips auf die Noxalklagen verhinderte.

Wenn wir demgemäss annehmen, dass diese Teilung der condemnatio pecuniaria nur auf dem officium iudicis beruhte, so

[36]) actio aquae pluviae arcendae S. 508.

ist die Ansicht des Paulus, welcher einerseits dem Cassius beipflichtet, anderseits die Meinung des Julian als die seine vorträgt, verständlich. In thesi war die Haftung und die Berechtigung des einzelnen Miteigentümers immer noch solidarisch; die Teilung beruhte nur auf dem officium des Richters. Aber wie auch in anderen Fällen war der Richter in der späteren klassischen Zeit an die Grundsätze gebunden, welche die Jurisprudenz für das officium iudicis aufgestellt hatte[37]) und so war thatsächlich aus der unteilbaren Obligation eine teilbare geworden. Begünstigt wurde dies durch die von vornherein teilbare Nebenobligation einerseits und das Institut der Geldkondemnation anderseits. So verstehen wir auch, wie Ulpian dazu kommt, in der l. 6 § 1 cit. von „in partem experiri" und „in partem conveniri" zu reden: wenn auch die Formel nach wie vor in solidum lautete, so war es doch ein anerkannter Rechtssatz geworden, dass diese Formel nur zu einer Teilcondemnation führen konnte. Und dies entsprach auch ganz der Besonderheit der Klage: bei dem Aestimationsverfahren konnte der Richter würdigen, was bei einer rein obligatorischen Klage seiner Würdigung entzogen war; das „quanti res est" lässt die Berücksichtigung des Miteigentums als Massstab des Interesses zu, während in den anderen Fällen sich das „quidquid paret" nur daraus ergibt, dass der Kläger Solidargläubiger ist und demgemäss nur eine Solidarverurteilung begründen kann. Es ist diese Eigentümlichkeit ein Produkt der juristischen Interpretation, und darauf beziehen sich die Worte Ulpians: „placuit eoque iure utimur".[38]) —

Hiernach ist die actio aquae pluviae arcendae nicht geeignet, den Ausgangspunkt für eine Schlussfolgerung auf die anderen Fälle unteilbarer Verbindlichkeiten zu bilden. Im Gegenteil, sie bildet ein Argument für die von Ubbelohde und uns vertretene Ansicht, dass die Verurteilung bei den unteilbaren Obligationen in solidum erfolgte. Die Worte „licet opus, ex quo damnum futurum sit, individuum sit" weisen direkt darauf hin, dass die regelmässige Folge der Unteilbarkeit die condemnatio in solidum war und der § 1 der l. 11 bestätigt es, indem er als altes, veraltetes Recht die Befreiung sämtlicher Miteigentümer durch die

---

[37]) Vgl. Bethmann-Hollweg., der römische Civilprozess II S. 282, S. 82 u. 83.

[38]) Wir werden auf die Stelle im IV. und V. Kapitel zurückkommen, insofern wir im § 21 Ziff. V den Einfluss des Prozesses auf die unteilbaren Obligationen und in Verbindung damit die Frage der Korrealität, im § 25 Ziff. I die unteilbaren Obligationen mit Mehrheit der Gläubiger behandeln werden.

Litiskontestation mit einem von ihnen, und damit die Verurteilung in solidum erwähnt.

So bilden die beiden zuletzt besprochenen Stellen nicht nur keinen Beweis für die herrschende Lehre, nach welcher die Unteilbarkeit der Leistung nur die Solidarität der Intentio, nicht dagegen der condemnatio im Gefolge hat, sondern vielmehr einen direkten und m. E. unwiderleglichen Beweis des Gegenteils.

Für die Teilung der condemnatio beruft man sich bei den Obligationen, deren Inhalt ein facere bildet, auch noch auf die l. 85 § 3 D. de V.O. 45, 1.[39])

Bei Betrachtung der clausula de re defendenda[40]) unterscheidet Paulus (libro LXXV ad edictum) vier Fälle von Verbalobligationen:

1. quod a singulis heredibus divisum consequi possumus;
2. quod totum peti necesse est nec divisum praestari potest;
3. quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest;
4. quod solidum petendum est, licet in solutione admittat secutionem.[41])

Für den ersten dieser Fälle, welcher für uns belanglos ist, wird im § 1 die promissio certae pecuniae als Beispiel angeführt; als Beispiel für den zweiten dient das „opus quod testator fieri iussit“;[42]) den dritten Fall beleuchtet die promissio hominis incerti[43]) und den vierten die Klage wegen Eviktion.[44])

Zweifel bestehen nur hinsichtlich des Verhältnisses des § 3 zu dem vorhergehenden Beispiel:

> Quod si stipulatus fuero per te heredemve tuum non fieri, quominus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari? et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat: verior est sententia existimantium, unius facto omnes teneri. quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor. sed ceteri familiae herciscundae iudicio sarcient damnum.

Ribbentrop nimmt nun an, dass diese Stelle dem vorhergehenden § einfach angereiht wird; Ubbelohde hat dagegen mit

---

[39]) Ribbentrop S. 204 N. 12; Brinz, krit. Bl. IV S. 51 N. 107.

[40]) Vgl. Lenel, Palingenesia II Sp. 1092 N. 3.

[41]) Ribbentrop liest: partis executionem (S. 186 N. 7; ebenso Ubbelohde S. 83 und Vangerow III S. 5/6). Möglich wäre auch: sectionem statt secutionem.

[42]) §§ 2, 3 h. l.

[43]) § 4 h. l.

[44]) § 5 h. l.

Recht bemerkt, dass „quodsi“ keine Verbindung, sondern einen Gegensatz bedeutet. Wenn daher Ribbentrop annimmt, dass im Falle der l. 85 § 3 die verwirkte poena von allen Erben pro parte zu erlegen ist[45]) und daraus den Schluss zieht[46]), dass auch im Falle der l. 85 § 2 die Schuldner nur pro parte kondemniert werden, so hat Ubbelohde mit Recht eingewendet, dass das „quodsi“ die gegenteilige Folgerung rechtfertigt, indem l. 85 § 3 einen besonderen Fall bildet.[47])

Wenn ich insofern Ubbelohde zustimmen kann, so scheint mir das nicht anzugehen bezüglich des Unterschiedes, welchen Ubbelohde zwischen obligationes in faciendo und in non faciendo macht. Wenn es richtig ist, dass in l. 85 § 3 die Unterlassung lediglich als negative Bedingung für den Verfall der eigentlichen Obligation erscheint,[48]) so muss der Grund der Teilung, für die man l. 4 § 1 eod. 45, 1 anführt, die Teilbarkeit der versprochenen Konventionalstrafe sein, also ein Moment, welches mit dem Gegenstand der primären Obligation — facere, non facere — nicht den leisesten Berührungspunkt hat.[49])

Man möchte dabei die Frage aufwerfen, ob nicht ein Widerspruch der l. 4 § 1 cit. mit der l. 85 § 3 cit. besteht.

Wenn nämlich die l. 4 § 1 das unzweifelhafte Ergebnis liefert, dass für die Konventionalstrafe die Erben pro parte hereditaria haften, so scheint sich aus der l. 85 § 3 das Gegenteil zu ergeben: sed ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnum, insofern man nämlich geneigt sein möchte, an die Verurteilung in solidum und den dadurch begründeten Regress zu denken. Allein diese Schwierigkeit besteht nur scheinbar. Es verfällt allerdings bei jeder Zuwiderhandlung — et unus ex heredibus promissoris me prohibeat — die ganze Konventionalstrafe — omnes teneri; aber sie verfällt für die einzelnen pro parte hereditaria, und wenn sie ihren Anteil dem Gläubiger entrichtet haben, steht ihnen gegen den Thäter das iudicium familiae erciscundae zu.[50]) —

---

[45]) S. 204 z. N. 11.

[46]) S. 222 ff. § 24.

[47]) S. 85.

[48]) S. 84.

[49]) Hinsichtlich der Frage, wie es sich bei den Obligationen auf ein non facere ohne Pönalstipulation verhält, kann ich Ubbelohde S. 84 nicht zustimmen.

[50]) l. 2 § 5 D. h. t. 45, 1.

Ergibt sonach die l. 85 § 3 nichts zu gunsten der herrschenden Lehre, soweit es sich um obligationes in faciendo handelt, so fragt es sich weiter, wie es mit den Obligationes in non faciendo steht. Wenn wirklich der Grund der Teilhaftung für die Konventionalstrafe darin besteht, dass die Konventionalstrafe teilbar ist, so beruht der Gegensatz zwischen der l. 85 § 2 und l. 85 § 3 darauf, dass im ersteren keine poena promittiert wurde, und nicht darauf, dass es sich bei dem ersteren um ein facere, bei dem § 3 um ein non facere handelt. Es möchte im Gegenteil daraus, dass Paulus den Fall der l. 85 § 3 mit einer Poenalstipulation ausstattet, geschlossen werden, dass die beiden Fälle sich sonst durch nichts in rechtlicher Beziehung unterscheiden.

Wenn uns so die Ubbelohdesche Unterscheidung zwischen den obligationes in faciendo und non faciendo von vornherein nicht einleuchten will, so müssen wir nach den Gründen fragen, welche er für seine Ansicht beibringt. Dabei ist ihm denn zweifellos zuzugeben, dass die von Savigny[51]) für die entgegengesetzte Meinung vorgebrachten Stellen[52]) nichts beweisen können. Aber auch Ubbelohde scheint uns den Beweis für seine Ansicht schuldig geblieben zu sein. Ubbelohde geht davon aus, dass wenn jemand sich verpflichtet hat, eine bestimmte Handlung zu unterlassen, er nicht eher aus dieser Obligation belangt werden kann, als bis er dieselbe durch Vornahme dieser Handlung verletzt hat.[53]) Hiergegen lässt sich nichts einwenden; aber der Schluss daraus, dass der Klaganspruch „demnach auf das in Geld zu veranschlagende Interesse an der versprochenen Unterlassung gerichtet sei“, scheint uns nicht richtiger zu sein, als wenn man dies bei den Obligationen auf ein facere behaupten wollte, wo ja auch die Klage gewissermassen durch das non facere begründet wird. Diese Meinung Ubbelohdes, die auch von Scheurl[54]) geteilt wird, beruht darauf, dass nach Ubbelohde das „quidquid dare facere oportet“ nicht das Interesse, sondern den Obligationsgegenstand bedeutet, eine Ansicht, welche wir schon oben abgelehnt haben. Dies müsste dazu führen, dass jede Obligation, die auf ein incertum gerichtet ist, teilbar wäre, weil ihre Intentio „quidquid paret ob eam rem dare facere oportere“ lautet, mithin anscheinend

[51]) Obligationenrecht I S. 365 f.

[52]) l. 4 § 1; l. 85 § 3; l. 2 § 5; l. 3 § 1; l. 131 D. de V. O. 45, 1.

[53]) Ubbelohde, S. 105.

[54]) S. 100 ff.

die Intentio schon auf einen Geldbetrag gerichtet ist. M. E. ist dieses „quidquid paret“ allerdings eine Geldforderung, es bezeichnet aber nicht den Gegenstand der Obligation, sondern das Interesse; der Gegenstand der Obligation ist nur versteckt in der intentio incerta enthalten, in dem „ob eam rem“, welches auf die Demonstration „quod Aulus Agerius incertum stipulatus est“ verweist. Und sowenig in diesen Fällen — in welchen das incertum in einem facere besteht — die Obligation deshalb teilbar wäre, weil das „quidquid dare facere oportet“ teilbar ist, sowenig ist dies der Fall, wenn die Obligation auf ein „non facere“ gerichtet ist.

Windscheid[55]) hat Ubbelohde die Frage vorgelegt: warum soll bei den Obligationen auf ein non facere etwas anderes gelten als wenn eine Obligation auf ein Thun sich durch die Schuld des einen Schuldners in eine Geldschuld verwandelt hat?

Aber m. E. mit Recht hat Scheurl[56]) erwidert, dass die beiden in Frage stehenden Fälle nicht so gleich sind, als sie auf den ersten Blick scheinen, indem bei den obligationes in faciendo der Schuldner auf Erfüllung der Obligation belangt wird und zwar auch dann noch, wenn die Erfüllung durch seine Schuld unmöglich wird, während bei den obligationes in non faciendo überhaupt niemals auf die Erfüllung geklagt werden kann.

Indessen scheint uns damit der Standpunkt Ubbelohdes und Scheurls um nichts verbessert worden zu sein. Die Obligation geht auf etwas Unteilbares; dass mit der Klage eine teilbare Leistung erlangt wird, scheint uns die Obligation zu einer teilbaren nicht machen zu können. Denn es ist nicht richtig, dass deshalb, weil nur auf das Interesse geklagt werden kann, eine bedingte Geldobligation vorhanden sei. Hier liegt der wunde Punkt dieser Anschauung: daraus, dass nur auf das Interesse geklagt werden kann, folgt nichts für die Natur der Obligation; und zwar umsoweniger, als dieser Gegensatz den Römern infolge des Instituts der Geldkondemnation kaum zum Bewusstsein gekommen sein kann.

Ein anderes, schwereres Bedenken gegen die Zurechnung dieser Fälle unter die unteilbaren Obligationen ergibt sich daraus, dass die Klage erst durch die Zuwiderhandlung begründet wird. Setzen wir als Grund der unteilbaren Obligation die Stipulation voraus „per te heredemve tuum non fieri quonimus ire agere

---

[55]) Pand. II § 299 N. 7 a. E.

[56]) S. 101.

mihi liceat?“ dann ist es jedenfalls sehr fraglich, ob sich im Falle mehrerer Erben des Prommissors die Betrachtung der vererbten Obligation auf die Gegensätze der geteilten und der solidarischen Haftung beschränken kann. Möglich und vernünftig scheint mir die Annahme, dass in solchem Falle zwar jeder Erbe in solidum verpflichtet ist, das prohibere zu unterlassen, dass aber überhaupt nur gegen den einzelnen, zuwiderhandelnden Erben geklagt werden kann, weil nur „per eum factum est quominus ire agere liceat“.

Indessen nehmen die Quellen unzweifelhaft an, dass durch die Zuwiderhandlung des einen Erben alle Erben verpflichtet werden.[57]) So kann es sich dann nur um Solidarhaftung und Teilhaftung handeln, und wir stehen nicht an, nachdem sich aus der Unteilbarkeit der Leistung die Solidarität der Obligation ergibt und erst aus dieser sich wieder das Interesse bestimmt, die Obligationen auf ein Unterlassen für unteilbar zu erklären und die Geldkondemnation in solidum eintreten zu lassen. Wir haben einen positiven Beweis dieser unserer Ansicht schon oben in den l. 85 § 3 V.O. gefunden; nicht unerheblich scheint uns auch eine andere Erwägung zu sein.

Ubbelohde beruft sich darauf,[58]) dass die Quellen[59]) bei den obligationes in non faciendo nur sagen „omnes tenentur“, nicht „singuli in solidum tenentur“. Aber dies beweist nur, dass in den fraglichen Stellen Savignys Ansicht, die wir teilen, keine Stütze findet. Aber sie findet ihre Stütze darin, dass im Falle der Zuwiderhandlung des einen Erben die anderen haften. Wenn es richtig wäre, dass die Obligation auf das „non facere“ teilbar wäre, so würde sie durch den Erbgang geteilt worden sein und es würden daher soviel einzelne und von einander unabhängige Teilobligationen vorliegen, als Erben vorhanden sind. Dann aber würde es vollkommen unbegreiflich sein, wie durch die Zuwiderhandlung des einen Erben die anderen verpflichtet werden sollten, nachdem doch die Quellen dies damit begründen: „interest enim prohibiti a nemine prohiberi“,[60]) und „quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum vide-

---

[57]) l. 2 § 5; l. 3 § 1; l. 4 § 1; l. 85 § 3; l. 131 pr. de V. O. 45, 1.

[58]) S. 105 N. 1a.

[59]) l. 4 § 1; 2 § 5; 3 § 1; 85 § 3 V. O. sowie l. 25 § 12; l. 44 § 5 D. fam. erc. 10, 2.

[60]) l. 3 § 1 D. de V. O.

retur".[61]) Die Teilung der Haftung würde m. E. auch die Gemeinsamkeit der Haftung zerstören, und es würde die Sache gerade so gelagert sein, wie wenn sich mehrere zum non facere gemeinsam verpflichtet hätten. Denn worin liegt der Grund, dass alle Erben haften, wenn nur einer zuwidergehandelt hat?

Ubbelohde behandelt diese Frage nicht; Windscheid begründet die Haftung für das facere des Mitschuldners damit, dass der Erblasser die Verpflichtung „für sich und seine Erben" übernommen habe. Jeder Erbe hafte dafür, dass „durch die Erben" die betreffende Handlung nicht vorgenommen werde.[62])

Mir scheint dies eine Umschreibung der Thatsache, keine Begründung derselben zu sein. Die Fassung der Stipulation, „per te heredemve tuum" hatte gewiss nur den Zweck, der Wortinterpretation, welche aus der Stipulation „per te non fieri" die Unvererblichkeit der Obligation herausgelesen haben würde, vorzubeugen, nicht aber, für den Erben, als dritte Person gedacht, eine Verpflichtung zu begründen, und nur insofern hatte diese Stipulation rechtliche Gültigkeit, da sie andernfalls wegen der Unmöglichkeit, ein factum alienum zu promittieren,[63]) ungültig gewesen wäre. Wenn wir es deshalb auch für unrichtig halten, dass sich mehrere Personen gleich von Anfang an zu einem Thun oder Nichtthun im Windscheidschen Sinne verpflichten konnten, so muss der Grund jener Erscheinung, die die Quellen nicht zweifelhaft lassen, in etwas Anderem zu suchen sein. Dieses andere Moment aber ist nichts anderes, als die Unteilbarkeit des non facere selbst. Nicht darauf gründen die Quellen ihre Entscheidung, dass der Erblasser für sich und seine Erben versprochen habe, sondern darauf, dass infolge der Unteilbarkeit die Leistung dieser Obligation solidarisch und daher auch das Interesse in solidum, nicht pro parte, verfalle: quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur.[64]) Nun wird man mir freilich einwenden, dass damit noch nicht die Solidarität der Haftung des einzelnen gegeben

---

[61]) l. 4 § 1 eod.

[62]) Pandekten II § 299 zu Anm. 9. Ebenso Scheurl S. 101; Rümelin S. 260.

[63]) Vgl. § 21 J. 3, 19; l. 83 pr.; l. 50; l. 49 § 1, § 2; l. 38 pr. D. de V. O.

[64]) Diese Begründung scheint mir vor der in l. 3 § 1 gegebenen „interest a nemine prohiberi" den Vorzug zu verdienen, da dieses Interesse eben nur insoweit für die Gestaltung der Obligation massgebend ist, als ein Schuldner für dieses Interesse haftet. Dasselbe verfällt daher nur, wenn der Schuldner zuwiderhandelt, obgleich allerdings „interest a nemine prohiberi".

sei. Ich muss dies indessen behaupten. Nicht als ob die Haftung des einzelnen in solidum eine Folge seiner Haftung überhaupt wäre; sondern die Solidarhaftung folgt aus der nämlichen Prämisse, wie die Haftung an sich: aus der Unteilbarkeit. Die Unteilbarkeit der Obligation ist der Grund dafür, dass „omnes tenentur"; die Unteilbarkeit ist also nicht belanglos, und wenn sie von den römischen Juristen in dieser Beziehung als erheblich betrachtet wird, so muss sie auch in der anderen Beziehung erheblich sein. Das Interesse an der Unterlassung verfällt mit der Handlung für alle Erben, weil die Handlung und auch das „quod interest non fieri" infolgedessen nicht geteilt werden kann; daher kann das Interesse auch nicht in der Weise geteilt werden, dass jeder Erbe nur für einen Teil des Interesses haftet. —

Wir haben oben die Solidarität auf die Identität des Obligationsgegenstandes oder, wie andere sagen, des Obligationsinhalts zurückgeführt. Wir haben zu prüfen, inwiefern von dieser Identität bei der Obligation auf ein non facere die Rede sein kann. In der That ist diese Frage nicht leicht zu beantworten und wir haben es oben als einen in abstracto möglichen Standpunkt bezeichnet, statt der Solidarität die Vervielfältigung der einzelnen Obligationen einerseits, anderseits aber auch ihre Trennung in der Weise anzunehmen, dass die Zuwiderhandlung von seiten des einen Schuldners dem anderen nicht schadet, aber auch die Leistung des Interesses von seiten des einen dem andern nicht nützt. Das römische Recht teilt diesen Standpunkt nicht; es erkennt die Solidarität an. Und in der That hat auch diese Regelung der Frage ihre Berechtigung: nicht weil der Erblasser seiner Zeit ein bestimmtes Verhalten dritter Personen versprochen hätte, sondern aus folgendem praktischen Grunde: Eine solche Stipulation, wie die in den einschlägigen Stellen besprochenen sind, setzt eine besondere Eigenschaft des Promissors voraus, welche das Interesse des Stipulators daran begründet, dass der Promissor die in Frage stehende Handlung nicht vornehme. Ein solches Interesse kommt nur gegenüber einer Person in Frage, von der sich erwarten lässt, dass sie die betreffende Handlung vornehmen *wird*, nämlich bei der stipulatio per te non fieri, quominus ire agere liceat gegenüber *dem Eigentümer oder Besitzer des Grundstücks*, über welches der Stipulator gehen will. Wenn aus dieser Stipulation die Erben des Promissors haften, so geschieht dies freilich nicht unter der Voraussetzung, dass sie Eigentümer des betreffenden Grundstücks geworden sind, wie auch der Singularsuccessor

aus der Promission nicht haftet. Aber das sachenrechtliche Moment, welches die Veranlassung zu der Promission gegeben hat, wirkt insofern noch nach, als die Promission in einer Weise ausgelegt wird, welche der sonstigen Auslegung von Verbalkontrakten nicht entspricht: Aus der Stipulation: neque per te neque per heredem tuum fieri . . . haftet der Erbe, „quamvis absit et ignoret et ideo non facit, quod fieri ex stipulatu oportet".[65]) Denn nicht das ist der Inhalt dieser Stipulation „nihil te facturum quominus facere possis", sondern „curaturum, ut facere possis".[66])

Diese Auslegung war eine Notwendigkeit, da andernfalls der Promissor es in der Hand hatte, seine Verpflichtung dadurch hinfällig zu machen, dass er das Grundstück veräusserte. Dann war er nicht mehr in der Lage, dem Stipulator das iter zu untersagen; der Erwerber aber konnte es unbesorgt thun, weil er selbst durch die Stipulation nicht verpflichtet war. Daher erhält das „per te non fieri" diese weitgehende Bedeutung, welche beinahe eine obligatio in faciendo aus der Unterlassungsobligation macht.[67])

Infolgedessen verfällt die Promission, sobald dieser Verpflichtung zuwidergehandelt wurde, d. h. sobald der neue Erwerber des Grundstücks, mag er Erbe oder Singularsuccessor des Schuldners sein, die Prohibition vornimmt.[68])

Ist dies aber der Fall, haftet also der Erbe deshalb für das factum seines Miterben, weil er seiner eigenen Verpflichtung nicht genügt zu haben erachtet wird, dann haben wir die Identität des Gegenstandes, welche uns für die Annahme einer Solidarobligation wesentlich scheint. Dieser Gegenstand ist das „curare ne prohibeatur stipulator"; es tritt keine Teilverpflichtung ein, weil diese Leistung unteilbar ist, aber es tritt auch keine Multiplikation ein, weil es gleichgültig ist, wer das „ire licere" gewährt oder ermöglicht, wenn es nur überhaupt ermöglicht wird.

Wenn man nunmehr noch einmal die l. 4 § 1 V. O. betrachtet, so wird man diese Ausführungen sehr berechtigt finden: die Zuwiderhandlung trifft alle Schuldner, weil sie dieselbe zu verhindern verpflichtet sind. Ist dies aber richtig, dann muss

[65]) l. 49 § 2 D. de V. O.

[66]) l. 50 pr. D. V. O.

[67]) Vgl. l. 38 pr. eod.; Brinz, Pand. II § 238 N. 1.

[68]) Denn der Promissor kann sich bei der Veräusserung durch eine Stipulation mit dem Erwerber bezw. Verabredung einer Konventionalstrafe sicher stellen.

die Begründung der l. 4 § 1 „quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur“ noch eine besondere Bedeutung haben und diese kann nur darin bestehen, dass aus der Unteilbarkeit das Mass der Haftung sich bestimmt. Aber auch für die Thatsache der Haftung ist, wie schon gesagt, die Unteilbarkeit der Verpflichtung nicht belanglos; würde jeder der Erben für eine Teilleistung haften, so würde eben auch der Gläubiger jedem Erben gegenüber sein besonderes Interesse haben und es würde dieses Interesse durch die Zuwiderhandlung des einzelnen Erben nur für diesen verfallen.

So reihen sich unseres Erachtens zu der l. 85 § 2 V. O. noch zwei weitere Momente an, welche die Solidarität dieser Obligationen beweisen, nämlich die Interpretation des Inhalts dieser Obligationen, und die Thatsache, dass die Quellen die Haftung aller Erben aus der Zuwiderhandlung nur eines Erben mit der Unteilbarkeit begründen.[69])

Ubbelohde[70]) behandelt noch die Obligationen auf ein facere, bei welchen die Klage erst nach Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung zulässig ist. Wir stimmen in Bezug auf diesen Fall mit Ubbelohde völlig überein. Hienach betrachtet das römische Recht solche Obligationen, wenigstens die Verpflichtung des Freigelassenen zur Leistung der operae, als teilbar,[71]) weshalb diese Fälle weder für noch gegen die herrschende Lehre beweisen. Wir haben daher auch keinen Grund, uns mit denselben zu beschäftigen.

Kehren wir nunmehr zu den Stellen zurück, welche das „in solidum teneri“ als Folge der Unteilbarkeit aussprechen.[72]) Nachdem wir festgestellt haben, dass aus den Quellen kein Fall entnommen werden kann, in dem diese Solidarhaftung zu einer Teilkondemnation führte, können wir nunmehr auf den allgemeinen Gesichtspunkt zurückkehren, von dem wir ausgegangen sind: die Quellen lassen aus der Unteilbarkeit Ungeteiltheit hervorgehen; die mehreren Schuldner sind in solidum obligiert. Bestimmt sich daher das Interesse nach der Obligation und nicht umgekehrt die Obligation nach dem Interesse, so muss notwendig

---

[69]) Über l. 2 § 5 V. O. und l. 25 § 12 D. 10, 2 vgl. Windscheid II § 299 N. 7.

[70]) S. 105, 71 ff.

[71]) Vgl. einstweilen l. 47 D. locati 19, 2.

[72]) Windscheid, Pand. II § 298 N. 14.

dieser Solidarhaftung für die Naturalerfüllung auch die Solidarität der Interssehaftung entsprechen; es ist daher in allen Fällen wirklicher Unteilbarkeit auch wirkliche Solidarität anzunehmen.

Damit stimmt denn auch die Ausdrucksweise der Quellen vollkommen überein. Würden die Römer von der Ribbentropschen Vorstellung ausgegangen sein, dass so zu sagen nur eine Wertquote der Leistung in obligatione, die übrigen Quoten dagegen nur in solutione seien, so würden sie sich anders ausgedrückt haben: pro parte tenentur, sed ita, ut in solidum tantum solutio fiat.

M. E. ist denn auch die andere Auffassung nicht zu halten. Solidarität oder Nichtigkeit sind die Alternativen, die hier in Betracht kommen. Verspricht der Promissor nur den Teil und ist die Erfüllung dieser Verpflichtung unmöglich, „quia divisionem haec res non recipit", dann ist der Schuldner, da er ein plus zu leisten nicht versprochen hat, auch das minus zu leisten nicht schuldig. Mit Recht haben die Römer diese Konsequenz nicht gezogen, vielmehr den Ausweg eingeschlagen, der zur Solidarität führt.

Zu den unteilbaren Obligationen gehören auch die obligatio commodati und depositi. Da über ihre Einreihung unter die Solidarobligationen grosse Unklarheit herrscht, so muss auf diese beiden Fälle besonders eingegangen werden.

> l. 5 § 15 D. commodati 13, 6 Ulpianus libro XXVIII ad Edictum: Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum [72a]) simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. Et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam: sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et si alter conventus praestiterit, liberabit alterum . . .
>
> l. 1 § 43 D. depositi 16, 3 Ulpianus libro XXX ad

[72a]) Vgl. einstw. l. 47 D. loc. 19, 2.

edictum: Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit nec liberabitur alter si cum altero agatur: non enim electione, sed solutione liberantur proinde si ambo dolo fecerunt et alter quod interest praestiterit, alter non convenietur exemplo duorum tutorum: quodsi alter vel nihil vel minus facere possit, ad alium pervenietur: idemque et si alter dolo non fecerit et idcirco sit absolutus, nam ad alium pervenietur.

In diesen beiden Stellen ist zweifellos ausgesprochen, dass mehrere Kommodatare und Depositare in solidum verpflichtet sind. Für die l. 5 § 15 ergibt sich dies aus der Fragestellung und der Antwort des Celsus, und in der l. 1 § 43 kann mit den Worten „adversus unumquemque agi poterit" gleichfalls nur eine Klage in solidum verstanden werden.

Über den Grund dieser Solidarhaftung aber besteht grosse Unklarheit. Windscheid [72b]) sucht die Solidarität auf die Haftung wegen unerlaubten Verhaltens zurückzuführen, und diese Auffassung scheint durch die Worte des Celsus in l. 5 § 15 cit. bestätigt zu werden. Indessen scheint es mir doch nicht wohl zweifelhaft sein zu können, dass den Grund dieser Solidarität ausschliesslich die Unteilbarkeit der geschuldeten Leistung bildet, welche in der Restitution der kommodierten oder deponierten Sache besteht.[73]) Diese Verpflichtung wird re, d. h. durch Hingabe der zu deponierenden oder zu kommodierenden Sache begründet; sie geht unter, wenn die Restitution thatsächlich unmöglich wird, ohne dass der Kommodatar oder Depositar für die Unmöglichkeit einzustehen hat. Diese Verpflichtung ist aber auch, da sie „re" begründet wird und „restitutione" erlischt, unabhängig von dem jeweiligen Besitze der kommodierten oder deponierten Sache; es genügt, dass sie in den gemeinsamen Gewahrsam der Mehreren gekommen ist. Der Schuldner kann sich daher gegen die actio commodati oder depositi nicht darauf berufen, dass er nicht im Besitz der Sache sei; die Verpflichtung zur Restitution schliesst die Verpflichtung, die Restitution zu bewirken, in sich. Nur dann wird der einzelne Depositar oder Kommodatar frei, wenn er restituiert, oder seine Restitution durch casus unmöglich wird; wird sie unmöglich, weil er dolos oder culpos gehandelt, insbesondere die nötige custodia vernachlässigt hat, so haftet er für das Erfüllungsinteresse; dagegen sind seine Mitschuldner befreit, wenn

[72b]) Pand. II § 298 N. 15.

[73]) Ubbelohde S. 236; Brinz, Pand. II S. 599.

sie an diesem Verschulden nicht teilgenommen haben. Aber dieses letztere Moment berechtigt uns nicht dazu, die Solidarität der Verpflichtungen zu verneinen; man muss nur sich vergegenwärtigen, dass das Verschulden nicht Verpflichtungsgrund, sondern Forthaftungsgrund ist und dass es sich bei den Mitschuldnern nicht etwa um Nichtverpflichtetwerden, sondern um Befreiung von einer bestehenden Verpflichtung handelt.

Freilich sind diese Sätze keineswegs allgemein anerkannt. Ausgehend von dem Gesichtspunkt, dass das Kommodat uud Depositum eine doppelte Verpflichtung begründe, eine primäre auf Restitution, eine eventuelle auf Schadenersatz im Falle der verschuldeten Unmöglichkeit, hat man der Obligation mehrerer Kommodatare und Depositare den Charakter der Solidarität teils ganz, teils zum Teile absprechen wollen. Insbesondere hat Landucci [74]) behauptet, zur Restitution sei nur der verpflichtet, der die Sache besitze, und wenn die Sache in den Händen der sämtlichen Kommodatare sei, so werde jeder verurteilt zur Restitution seiner Quote. Diese Anschauung entspringt der Lehre des Bartolus von der obligatio primitiva und secundaria, aber sie ist m. E. aus den Quellen nicht zu begründen.

Landucci beruft sich auf die l. 5 § 15 commodati cit., welche, wenn sie die Kommodatare für dolus und culpa solidarisch haften lässt, die Solidarhaftung hinsichtlich der Restitution ausschliessen soll. Zum Beleg dieser Ansicht beruft sich Landucci [75]) noch auf die l. 3 § 3 und l. 17 § 2 D. commodati. Indessen haben wir schon oben darauf hingewiesen, [76]) dass die l. 3 § 3 commodati von der Unmöglichkeit der Naturalerfüllung durch das Verschulden des Erblassers handelt und sich daher die Obligation als Teilobligation vererbt. Die l. 17 § 2 aber behandelt den anderen Fall, wenn nämlich die Erben die kommodierte Sache erhalten haben und die Restitution erst durch das Verschulden der Erben unmöglich geworden ist. Es ist gar nicht einzusehen, wie der römische Jurist zu einer solidarischen Geldkondemnation gekommen wäre, wenn nicht die Obligation der mehreren Erben von vornherein solidarisch gewesen wäre. Landucci freilich trägt mit seiner obligatio secundaria in die Kommodatsobligation eine Deliktsobligation hinein und verwischt so, augenscheinlich von

---

[74]) S. 65 ff.
[75]) S. 66 Anm. 2.
[76]) S. 87.

seinem Solidaritätsbegriff, welcher die unteilbaren Obligationen nicht umfasst, genötigt, den Grund, welchen die Römer selbst als Grund dieser Unteilbarkeit bezeichnen, nämlich die Unteilbarkeit der Restitution. Ebenso ist Landuccis Standpunkt gegenüber der Obligation mehrerer Depositare [77]) als unrichtig zu bezeichnen.

Dafür, dass der Deponent die Restitution des Depositums nur von dem verlangen kann, der es in Händen hat, beruft sich Landucci auf die ll. 9, 10, 20 D. depositi. Aber ll. 9 und 10 sagen nichts anderes, als dass der Erbe des Depositars für seinen eigenen dolus, welcher den Untergang der deponierten Sache bewirkt, voll verantwortlich ist, dass dagegen der Miterbe, welcher keinen Teil an dem Verschulden hat, von aller Haftung frei wird und dass endlich, wenn mehrere Erben ex facto defuncti haften, die Interesseleistung nur pro parte gefordert werden kann.

Schwieriger allerdings gestaltet sich die Sache gegenüber der l. 22; allein auch sie steht bei genauer Betrachtung unserer Ansicht nicht im Wege. Mehrere Erben des Depositars, welche das Depositum unterschlagen haben, sollen nach der l. 22 „quodam utique casu“ nur pro parte haften. Die Stelle setzt also zunächst voraus, dass regelmässig eine solidarische Haftung eintritt; dann aber kann der Fall, in welchem Teilhaftung eintritt, nicht wohl zweifelhaft sein: in Frage stehen, „decem milia, quae apud defunctum deposita erant“, welche von den Erben bei bezw. vor der Unterschlagung geteilt worden sind. In diesem Falle haftet jeder nur für den Teil des Depositums, der an ihn gelangt ist, weshalb auch wohl gegen jeden eine besondere, dem Gegenstand nach von den anderen verschiedene actio depositi gewährt wird. Wenn daher die Erben von den 10000 nur 5000 unterschlagen (et quina milia abstulerint), so haften sie jeder nur für den Teilbetrag, den jeder von seinem Teildepositum unterschlagen hat. Denn hier trifft der Grundsatz zu, dass „obligationes ipso iure divisae sunt“; eine unteilbare Obligation liegt nicht vor, weil die Restitution der Zehntausend teilbar ist; ein anderer Solidaritätsgrund liegt ebensowenig vor, weil die Obligation schon durch den Erbgang geteilt war, bevor die Erben die quina milia unterschlugen und daher auch vom Gesichtspunkt der Deliktsobligation aus die Solidarität nicht zu begründen ist.

Allerdings macht dabei das „et uterque solvendo est“ der l. 22 cit. Schwierigkeiten, weil es, wenn es auf das beneficium

[77]) Landucci S. 68 f.

divisionis zu beziehen wäre,[78]) eine solidarische Obligation voraussetzen würde. Allein ich glaube, dass nicht durch dieses „et uterque solvendo est“ das vorhergehende „in partes tenebuntur“, sondern dass umgekehrt durch diese Wendung das „et solvendo est“ unmöglich gemacht wird. Fährt doch auch der Jurist fort „in partes obstricti erunt“, was mir ebenso, wie die ersterwähnte Wendung, auf Teilung der Obligation ipso iure, nicht per beneficium divisionis, hinzuweisen scheint.[79])

Mit dieser Auffassung steht denn auch der weitere, im Verlauf der l. 22 von Marcellus behandelte Fall im vollen Einklang. Im Gegensatz zu dem erstbehandelten Falle, wo ein teilbares Depositum und daher eine teilbare und geteilte Restitutionsverpflichtung gegeben war, steht der Fall, wenn eine metallene Schüssel eingeschmolzen oder sonst eine Spezies unterschlagen wurde. Nicht umsonst legt Marcellus den Schwerpunkt darauf, dass hier eine Spezies den Gegenstand des Depositums bildete. Nur deshalb haften hier die Erben in solidum, weil sie in die unteilbare Verpflichtung, eine individuelle Sache zu restituieren, eingetreten sind und diese Verpflichtung dadurch, dass sie aus dem Individuum durch Einschmelzen eine Genussache machen, aus der goldenen Schüssel einen Goldklumpen, nicht teilbar und geteilt wird. Die Verpflichtung zur Restitution wird begründet durch das depositum; sie dauert unverändert fort, auch wenn die Sache untergeht und der Grund der Solidarhaftung, die Unteilbarkeit, wegfällt. So zeigt die Stelle unseres Erachtens deutlich, dass der Deliktsstandpunkt der Solidarhaftung für Restitution, bezw. für dolus und culpa gegenüber, gänzlich verfehlt ist. Führt doch auch Marcellus deutlich genug aus, worin er den Grund der solidarischen Haftung erblickt: nam verum est in solidum quemque dolo fecisse, et nisi pro solido res non potest restitui. Damit schwenkt der Jurist nicht etwa nach dem Deliktsstandpunkt hin; der wahre Grund der Solidarhaftung ist für ihn die Unteilbarkeit und die sich daraus ergebende Unmöglichkeit der Teilleistung. Nur eine Folge davon, dass der einzelne in solidum

---

[78]) Ribbentrop S. 144 ff., dem Ubbelohde S. 206 u. S. 238 N. 14 folgt, nimmt an, dass die Stelle das beneficium divisionis im Auge habe. Anders Brinkmann, Verh. der actio com. div. u. neg. gest. S. 104 N. 2; Brinz, Pand. II S. 74 N. 20 u. S. 86 N. 17. Mit uns anscheinend übereinstimmend Siebenhaar, Korrealobligation S. 98.

[79]) Auf das beneficium divisionis werden wir im III. Kapitel zurückkommen.

restituieren muss, ist es, dass er auch „in solidum dolo fecit“; im ersten Fall dagegen würde davon keine Rede sein können, weil jeder Schuldner nur seine Teilleistung unmöglich gemacht hat. Dabei mag freilich Marcellus nebenher der Gedanke vorgeschwebt haben, dass aus dem Gesichtspunkt des „in solidum dolo fecisse“, der gemeinsamen Unterschlagung seine Entscheidung umsomehr gerechtfertigt und nicht zu beanstanden sei. Und dem entspricht endlich auch der Schlusssatz der Stelle:

> „nec tamen absurde sentiet, qui hoc putaverit plane nisi integrae rei restitutione eum, cum quo actum fuerit, liberari non posse, condemnandum tamen, pro qua parte heres extitit“: Dennoch wird der, welcher dieser Ansicht ist,[80]) sich nicht selbst widersprechen, wenn er einerseits annimmt, dass der Beklagte nur durch die Restitution der res integra befreit werden kann, und dass er anderseits trotzdem (tamen) nur auf seine Erbquote zu verurteilen sei.

Mit diesen Worten ist also nichts anderes gesagt, als dass die Unteilbarkeit mit einer Teilverurteilung nicht schlechthin unvereinbar ist; nimmt man an, dass der Erbe im einen Fall, wenn er nämlich laucem conflavit, in solidum haftet, so verträgt sich dies doch damit, dass er in einem anderen Falle nur pro parte verurteilt wird, dann nämlich [das Fragment schneidet ab, ohne ein Beispiel zu geben], wenn, wie die anderen Stellen ersehen lassen, die Obligation bereits zur Zeit des Erbgangs nur auf das Interesse gerichtet war. —

So scheinen uns die Stellen, welche Landucci anführt, in keiner Beziehung den Gegensatz zu begründen, welchen er nach dem Vorgange Ribbentrops[81]) in die obligatio depositi und commodati hineingetragen hat. Zu behaupten, dass der Deponent oder Kommodant die Restitution nur von dem verlangen könne, der die Sache zur Zeit der Klagerhebung besitzt, heisst die Klage an eine sachliche Voraussetzung knüpfen, die dem Wesen der obligatorischen Klagen im allgemeinen widerspricht. Dass die in Frage stehenden Verträge „re“ begründet werden, ändert hieran nichts; die res kommt nur für die Begründung, nicht für die Fortdauer des Kontraktes in Betracht, und der Verlust des Besitzes endigt nur dann die Obligation, wenn er casus ist. Ist

---

[80]) So Siebenhaar S. 98 Anm. 2 gegen Ribbentrop S. 127 N. 6.

[81]) S. 126 ff.; ihm folgen Windscheid II S. 138 N. 15; Landucci und Ascoli S. 25 ff.

dies nicht der Fall, so wird nicht eine neue Obligation begründet, sondern die alte Obligation bleibt nur bestehen, obgleich dem Schuldner die Möglichkeit der restitutio fehlt.

Nur das eine Zugeständnis ist Landucci zu machen, dass die Idee von der obligatio secundaria einigen Anhalt findet in der Verurteilung der Erben pro rata, wenn sie ex facto defuncti haften. Allein dazu kann sehr wohl die Erwägung Veranlassung gegeben haben, dass immer dann, wenn der Grund der Solidarität in der Person der Erben nicht vorliegt, Teilung eintritt: nomina ipso iure divisa sunt. [81a]) Auch die mehreren Erben eines Korrealpromittenten oder Delinquenten haften nur pro rata, weil der Grund der Ungeteiltheit nicht mehr in ihrer Person zutrifft. Dies mag dazu geführt haben — gehören doch alle diese Sätze der interpretatio an — dass die Erben, trotzdem der Klagegrund das depositum oder commodatum und nicht der dolus war, auch hier nur pro rata hafteten, wenngleich diese Gestaltung der Sache keinen Anspruch auf absolute Richtigkeit machen kann. Gegen die Unterscheidung zwischen der obligatio primitiva und secundaria aber spricht der Umstand, dass sie ganz und gar unrömisch ist. Sie hätte ihre Berechtigung im modernen Recht, wo die Naturalleistung zur Interesseleistung in einem wirklichen Gegensatze steht. Im römischen Rechte war das nicht der Fall. Da die Restitution nur als negative Kondemnationsbedingung in Betracht kam, war die Formel die nämliche, mochte die Naturalrestitution möglich sein oder nicht. Sie geht immer auf quidquid ob eam rem paret dare facere oportere ex fide bona, und wenn die Römer aus dieser Fassung eine Konsequenz hätten ziehen wollen, so hätten sie immer die Teilkondemnation annehmen müssen. [81b]) Sie haben dies nicht gethan, und mit Fug

---

[81a]) Dass eine solidarische Verpflichtung, wenn sie teilbar ist, sich unter die Erben des einen Solidarschuldners teilt, ist eine allgemein anerkannte Rechtsregel. Vgl. Windscheid III § 608 Z. 1; Dernburg III S. 358 zu N. 5; l. 4 pr.; l. 25 § 1, §§ 9, 12, 13; l. 44 D. fam. erciscundae 10, 2; l. 49 § 1 D. de fid. 46, 1. Zu weit geht Brinz III S. 274 zu N. 3, wenn er die actio fam. ercisc. auf alle solidarischen Obligationen Anwendung finden lässt. Die von ihm citierten Stellen handeln nur von der unteilbaren Obligation. — Vgl. auch Landucci S. 164 ff.

[81b]) Immerhin macht dabei die Gleichheit der Intentio in den beiden in Frage stehenden Fällen (dolus des Erblassers — dolus der Erben) einige Schwierigkeit. Mag die Formel in ius oder in factum konzipiert sein, immer stimmt die Intentio in beiden Fällen überein: si paret A^m A^m lancem auream deposuisse, quanti ea res erit — oder: quod Aulus lancem auream deposuit,

und Recht: weil ihnen die Kondemnation mit dem Inhalt des einmal begründeten Rechtes übereinstimmen sollte; dann konnte es aber auch nicht darauf ankommen, ob die Erfüllung der Restitution noch möglich war.

Nur scheinbar setze ich mich mit diesen Ausführungen in Widerspruch zu der Lehre von der perpetuatio obligationis,[82]) insofern ich für das römische Recht eine solche der Sache nach auch bei bonae fidei obligationes annehme. Dass die Römer von perpetuatio obligationis nur bei der „certae rei petitio“ sprechen, steht fest;[83]) ebensowenig kann ich bezweifeln, dass der Kunstgriff, den sie mit diesem terminus bezeichneten, nur bei den iudicia stricti iuris erforderlich und brauchbar war. Aber damit vereint sich meine oben niedergelegte Auffassung der obligatio depositi und commodati sehr wohl: bei der perpetuatio im technischen Sinne handelt es sich darum, eine Folgerung zu rechtfertigen, zu der die Prämisse fehlt; diese perpetuatio ist nichts weiter, als die Aufpfropfung eines neuen juristischen Gedankens auf das Civilrecht, durch das Mittel der Fiktion; bei den obligationes bonae fidei bedarf es dieses Mittels nicht, wegen der Fassung der Intention, welche die Verurteilung auch im Falle des Untergangs der geschuldeten Sache ermöglicht. Nicht in diesem formellen Sinne, in dem die Quellen das Wort gebrauchen, liegt demnach eine perpetuatio in unserem Falle vor, aber in dem sachlichen Sinne, dass es ein Anspruch ist, den der Vertragschluss begründet und der Untergang der Sache nicht modifiziert.[84]) —

Im Gegensatz zu Landucci, der in den beiden genannten

quidquid ob eam rem d. f. o. e. f. b. — indessen ist in beiden Fällen die Formel genug incerta, um dem Richter zu ermöglichen, die verschiedenen Fälle zu unterscheiden, ohne dass es eines besonderen Zusatzes bedurfte. Möglich wäre ja bei der Intentio „quidquid paret oportere“ ein Zusatz „pro portione hereditaria“ und bei der Itentio in factum concepta eine Praessriptio; indessen halte ich diese Zusätze für unwahrscheinlich, weil gerade der Umstand, dass sich die Juristen so viel mit der Auseinanderhaltung der beiden Fälle (dolus des Erblassers — dolus des Erben) beschäftigen, darauf hinweist, dass die verschiedene Behandlung der interpretatio angehört und in der Formel keinen Ausdruck fand.

[82]) Darüber vgl. Brinz II § 264 zu N. 1, § 266 Z. 3.

[83]) Brinz II S. 253 N. 14.

[84]) Dass im Falle des dolus aus dem depositum die condictio certae pecuniae hervorgeht — l. 13 § 1 D. depositi 16,3; Brinz II § 227 N. 2, § 264 N. 1 — beweist m. E. nichts für die von Brinz angenommene Modifikation des Inhalts der obl. bonae fidei, da sie nur neben, nicht an Stelle der actio depositi zusteht.

Fällen nur dann eine Solidarobligation annimmt, wenn durch dolus oder culpa eine Art von Deliktssolidarität begründet wird, nimmt Ascoli[85]) bei mehreren Kommodataren Solidarität an, während er dies bei mehreren Depositaren verneint.[86])

Seinen Standpunkt bezüglich des Depositums begründet Ascoli mit der schon oben zurückgewiesenen Unterscheidung zwischen der obligatio primitiva und secundaria. Nach der l. 9 pr. D. de duobus reis 45,2 kann eine Korrealobligation durch Vereinbarung der Korrealität entstehen. Fehlt diese, so gibt die l. 1 § 43 depositi 16, 3 cit. zwar eine Klage gegen sämtliche Depositare, aber es liegt weder Korrealität, noch Solidarität vor. Denn die obligatio primitiva, welche die Restitution zum Gegenstand hat, geht unter, wenn der Depositar sine dolo die Sache verliert; daher ist nach Ascoli nur der zur Restitution verpflichtet, der die Sache hat.[87]) Die obligatio secundaria aber auf Schadenersatz entsteht durch den dolus des Depositars, weshalb regelmässig jeder Depositar unabhängig vom anderen haftet und, ausser im Falle des dolus communis, weder Korrealität noch Solidarität eintritt, weil es nach Ascoli sowohl an der Gemeinsamkeit der causa wie an der Gemeinsamkeit des Objekts fehlt. Wenn trotzdem die l. 1 § 43 die Möglichkeit, gegen alle zu klagen, betont, so erklärt dies sich daraus, dass die actio depositi beide Obligationen, die auf Restitution und die auf Schadenersatz, umfasste und immer auf ein „quidquid dare facere oportet“ ging. Daher konnte sie gegen den einen auf einen ganz anderen Gegenstand abzielen als gegen den anderen und trotzdem die nämliche äussere Gestalt haben. Daher konnte aber auch die eine Klage, geradeso wie bei der actio tutelae, die andere nicht konsumieren, auch dann nicht, wenn, wie im Falle eines dolus communis, die Obligation eine wirkliche Korrealobligation war. —

Mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Depositum eine Korrealobligation begründet, haben wir hier uns nicht zu beschäftigen; aber es obliegt uns, Ascolis Argumentation, was die Solidarität betrifft, zu widerlegen. Indessen können wir uns darauf beschränken, auf das zu Landucci Bemerkte zu verweisen, da mit der Widerlegung des Ausgangspunktes die Ansicht

---

[85]) Sulle obbligazioni solidali, Roma 1890, p. 27 ff.
[86]) Eod. p. 25 f.
[87]) S. 28.

Ascolis von selbst hinfällig wird. Wenn jeder Depositar verpflichtet ist, die Sache zu restituieren, so ist die Identität des Gegenstandes der mehreren Obligationen nicht zu bezweifeln, und diese Identität wird jedenfalls dadurch nicht ausgeschlossen, dass durch den dolus des einen der andere von seiner Haftung befreit wird. Auch im Falle eines gemeinsamen dolus wird nicht etwa eine neue Solidarität begründet, sondern nur die bisherige, unter Ausscheiden der Depositare, welche am dolus nicht teilgenommen haben, fortgesetzt.

Ich kann daher auch nicht anerkennen, dass der Fall mehrerer Depositare anders zu beurteilen sei, als der mehrerer Kommodatare. Wenn bei dem letzteren Ascoli wirkliche Korrealität, d. h. Solidarität in unserem Sinne annimmt, und dies damit begründet, dass die Kommodatare nicht für dolus, sondern auch für culpa haften und die culpa communis zur Grundlage der Solidar- und Korrealhaftung macht, so sind wir zwar mit dem Ergebnisse einverstanden, glauben aber nicht, dass sich dieses Ergebnis aus der Argumentation Ascolis ergibt. Von vornherein scheint es mir inkonsequent zu sein, wenn bezüglich der primären Obligation auf Restitution Ascoli bemerkt, dass die Quellen keinen genügenden Aufschluss geben und die Analogie des depositum nicht ausreiche, weil der Depositar nur für dolus hafte,[87a]) und deshalb annimmt, dass der Kommodatar immer, sei es in solidum oder pro parte, auf Restitution in Anspruch genommen werden könne. Dieser Schluss wäre nur richtig, wenn der Verlust des Besitzes der kommodierten Sache immer notwendigerweise auf ein Verschulden des Kommodatars zurückzuführen wäre; aber man wird ein solches weder immer dann annehmen können, wenn der eine Kommodatar dem anderen die ausschliessliche Verfügung über das Kommodatum eingeräumt hat, noch ist dies der einzige Fall, in dem der eine von zwei Kommodataren die Möglichkeit der Restitution verlieren kann. Es ist denkbar, dass der eine Kommodatar dem anderen die Sache — trotz aller custodia des ersteren — stiehlt, und Ascoli müsste konsequenterweise immer dann, wenn weder dolus noch culpa communis vorliegt, nur den haften lassen, der die facultas restituendi besitzt. Dabei handelt es sich nicht etwa um eine „Analogie“ mit dem Depositum; sondern es handelt sich um die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, den Ascoli entwickelt

[87a]) S. 28.

zu haben glaubt. Geht beim depositum die obligatio primitiva unter, wenn der Depositar die Sache ohne dolus verloren hat, so muss ebenso beim Kommodat der Kommodatar seiner Restitutionspflicht ledig werden, wenn er ohne Schuld die Möglichkeit der Restitution verliert. Die Inkonsequenz Ascolis beruht darin, dass er, während er beim depositum die obligatio primitiva und secundaria scharf geschieden hat, die beiden Dinge beim Kommodat untereinanderwirft, und thatsächlich, wenn auch kaum bewusst, aus der obligatio secundaria auf die Restitutionsverbindlichkeit zurückschliesst, während, die Unterscheidung der Haftung für die Restitution und für Schadenersatz vorausgesetzt, die Frage der Haftung für dolus und culpa aus der ersten Obligation auszuscheiden wäre. Die zu beantwortenden Fragen würden lauten: 1) Wer ist zur Restitution verpflichtet? 2) Wer hat den Schaden zu ersetzen? Und von der Unterscheidung zwischen der obligatio primitiva und secundaria ausgehend, könnte die Antwort nur lauten: ad 1) wer restituieren kann; ad 2) wer die Unmöglichkeit der Restitution verschuldet hat.

Auch hier zeigt sich die gänzliche Unhaltbarkeit der Bartolinischen Unterscheidung zwischen der obligatio primitiva und secundaria. Aus der Hingabe zum Kommodat entspringt die Obligation auf Restitution; die Obligation auf Leistung des Schadenersatzes ist mit dieser identisch, wie sich am besten aus der Formulierung der Klage im römischen Rechte ergibt. Wir können in dieser Beziehung auf das oben zu Landucci Bemerkte verweisen.

Überdies lassen Landucci und Ascoli eine Frage vollständig aus dem Auge: wie liegt die Sache dann, wenn mehrere Depositare oder Kommodatare die Sache im Besitz haben und daher jeder die facultas restituendi hat? Liegt dann nicht Identität der Verpflichtung und Solidarität vor? Man wird dies zweifellos bejahen müssen und zugeben, dass dieser Fall sogar die Regel bilden wird. Von Ascolis Standpunkt aus gelangt man dagegen fast nie zur Solidarität; denn die culpa ist an sich, wenn sie Verpflichtungs- und Klaggrund ist, für jeden Schuldner ein besonderer Verpflichtungsgrund, so dass keine Identiät des Gegenstandes entsteht, und Solidarität nur im Falle des dolus oder der culpa communis vorliegen würde. Ascoli versucht zwar darzuthun, dass im Falle des Kommodats die culpa immer communis sein müsse; aber dass dies unrichtig ist, wird niemand bezweifeln. Es ist eine blosse Behauptung, dass der Kommodatar, der für

omnis culpa haftet, nicht bestreiten könne, dass er es an der nötigen diligentia und custodia habe fehlen lassen, wenn die Sache ihm durch Verschulden seiner Mitschuldner abhanden gekommen ist.[88]) Kommodat ist Hingabe zum Gebrauche; wie. wenn die Sache gar nicht gleichzeitig von mehreren gebraucht werden kann, und wenn daher immer nur einer in der Lage ist. mit dem Usus zugleich die custodia auszuüben? Wenn sich zwei Personen in solidum ein Reitpferd oder ein Fahrrad entleihen und es der einen, welche es vor dem Wirtshause stehen lässt, entwendet wird? Selbst Ascoli wird den anderen Kommodatar in diesem Falle von culpa freisprechen müssen.

Nur das eine ist Ascoli zuzugeben: die Verschiedenheit im Grad der culpa äussert keinen Einfluss auf das Mass der Haftung. Wenn daher beide Kommodatare haften, haften sie solidarisch. Der Grund dieser Solidarität ist aber nicht, dass, wie bei den Deliktsobligationen, das Verschulden ein gemeinsames ist, sondern dass jeder Kommodatar in solidum zur Restitution verpflichtet ist und diese Verpflichtung daher auch im Falle der Unmöglichkeit in solidum prästieren muss.

Wenn wir demgemäss annehmen, dass hier der Schuldner ebenso wie in jedem anderen Falle der Solidarität nur für das eigene Verschulden einzustehen hat, so haben wir noch einen Einwand Ascolis zu widerlegen: Ascoli hält [89]) beim Kommodat die gegenseitige Haftung für das Verschulden für eine praktische Notwendigkeit. Andernfalls würde nämlich nach Ascoli der Kommodant gezwungen sein, nachzuweisen, dass der Schaden, dessen Ersatz er verlangt, ihm von dem einzelnen Beklagten zugefügt worden ist, ein Beweis, der ihm grösstenteils unmöglich sein dürfte. Hingegen glaube ich den Einwand, den Ascoli vorsorglich zu widerlegen sucht, dass sich nämlich dieselbe Schwierigkeit auch beim Depositum ergeben würde, wirklich erheben zu müssen. Ascoli verweist zwar auf die Beschränkung der Verantwortlichkeit des Depositars auf dolus; wir bemerken aber, dass dem dolus culpa lata gleichsteht und dass, wenn beide Depositare in culpa lata sind, der Beweis, dass der Schaden von einem von ihnen angerichtet wurde, nicht leichter sein kann, als wenn beide Kommodatare der Vorwurf leichten Verschuldens trifft. In Wirklichkeit ist diese Beweisführung überhaupt nicht so schwierig, wie Ascoli annimmt; nicht schwieriger, als im Falle der Schuldner-

[88]) S. 28.
[89]) S. 31.

einzahl; der Kläger muss beweisen, dass 1. ein Schaden angerichtet ist, dass 2. den Beklagten ein Verschulden trifft, und dass 3. durch dieses Verschulden der Schaden herbeigeführt worden ist. Eigentliche Beweisthemata bilden dabei nur die beiden ersten Punkte; der dritte ist aus ihnen durch einfache Schlussfolgerung festzustellen. Dass diese Punkte aber bei einer Mehrheit von Schuldnern schwieriger zu beweisen wären, müsste uns Ascoli erst glaubhaft machen.[90])

Hiermit glauben wir nachgewiesen zu haben, dass mehrere Kommodatare und Depositare Solidarschuldner sind und dass der Grund ihrer Solidarhaftung die Unteilbarkeit ihrer Leistung ist.

Auf die Unteilbarkeit der schuldigen Leistung glauben wir auch die Solidarhaftung mehrerer Mandatoren[91]) und Mandatare[92]) zurückführen zu müssen;[93]) dieser Fall veranlasst keine nähere Betrachtung. Solidarisch haften auch wohl mehrere Mieter, insofern sie zur Restitution der gemieteten Sache verpflichtet sind, und mehrere Vermieter, welche „uti frui licere" prästieren oder Arbeitsleistungen vorzunehmen haben.

Zum Schlusse wollen wir noch einen Blick auf die Stellen werfen, welche sich mit der Eviktion und den ädilizischen Klagen beschäftigen.

Nach l. 85 § 5 de V. O. verb. mit l. 85 pr. eod. steht die Eviktionsklage in solidum zu, aber die Verurteilung des einzelnen Erben erfolgt nur pro parte hereditaria, und in l. 139 eod. bezeichnet Venuleius die „indivisa natura" der defensio als den Grund dieser eigentümlichen Solidarhaftung.[94]) Dem entspricht

---

[90]) Dazu kommt, dass m. E. Ascoli von einer unrichtigen Verteilung der Beweislast ausgeht, welche mit der Auffassung, dass durch das Verschulden eine neue Obligation an Stelle der alten begründet werde, im Zusammenhang steht. Der Kläger hat nur die Begründungsthatsachen zu beweisen, also m. E. nur die Hingabe zu Kommodat oder Depositum; umgekehrt kann sich der Beklagte auf casus berufen und muss dann den casus beweisen. Für Ascoli gehört allerdings dolus und culpa zu den Begründungsthatsachen; aber aus unserem Nachweis, dass es keine Obligatio secundaria gibt, folgt, dass diese Auffassung unrichtig ist. Damit entfällt denn auch eines der stärksten Argumente Ascolis. — Mit unserer Auffassung scheint uns C.P.O. § 240 Z. 1 u. 3 — für unser gemeines Recht — übereinzustimmen.

[91]) l. 21 i. f. mand. 17, 1; l. 59 § 3 eod.; l. 52 § 3 D. de fid. et mand. 46, 1.

[92]) l. 60 § 2 D. mand. 17, 1.

[93]) So auch Ubbelohde S. 230 N. 15; Brinz II § 334 N. 44, 45.

[94]) Das „cuius indivisa natura est" in l. 139 V. O. dürfte m. E. nicht mit Ubbelohde S. 178 auf venditio, sondern auf den ganzen Satz „quia in solidum

auch durchaus die l. 62 § 1 D. de evict. 21, 2 von Celsus, woselbst nur die Alternative gelassen ist, dass sämtliche Erben des Verkäufers den Käufer zusammen, oder dass einer von ihnen den Käufer in solidum defendiere. Auf die Litisdenunziation mit der Aufforderung, den Käufer im Eviktionsprozess, und natürlich in solidum, zu defendieren, bezieht sich daher das „in solidum agi oportet“ der l. 85 pr. V. O. und ebenso das „venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt“.[95]) Dabei kann die Frage unerörtert bleiben, ob die genannten Stellen sich auf die stipulatio duplae oder auf die actio auctoritatis bezogen;[96]) jedenfalls beweisen sie nichts für die herrschende Ansicht, wonach bei den unteilbaren Obligationen die Klage in solidum zustand, aber die condemnatio nur pro parte erfolgte. Vielmehr liegt in diesem Falle eine doppelte Verpflichtung vor, eine primäre und eine eventuelle: die erstere, auf Defension gerichtete, ist unteilbar: daher muss jeder Verkäufer in solidum defendieren; die zweite. auf Ersatz des Interesses oder der dupla gerichtete, ist teilbar. und aus dieser Verpflichtung ist daher der einzelne Erbe nur pro parte zu verurteilen, aber auch nur pro parte zu belangen.

Auch im Falle der l. 85 § 5 handelt es sich demnach nicht um eine „uneigentlich“ solidarische Verbindlichkeit, sondern um eine von vornherein geteilte Obligation. Dem entspricht auch vollkommen die l. 85 § 6, wo dem 4. Fall des principium als zweites Beispiel eine bedingte Stipulation auf Geld angefügt wird, und die Bedingung objektiv gefasst ist. Die promittierte Poena verfällt in solidum, weil die Bedingung „si fundus Titianus datus non erit“, nur in solidum eintreten oder ausfallen kann; aber der einzelne Erbe schuldet nur einen Teil der Poena, wie sich aus dem „item“ am Eingang des § 6 cit. ergibt.

---

defendenda est venditio“ zu beziehen sein und daher mit „was von Natur unteilbar ist“ übersetzt werden.

[95]) Ribbentrop S. 211 ff.; Ubbelohde S. 179 N. 168 u. l. 7 C. quomodo et quando 7, 43 u. l. 10 C. de pignor. 8, 13, wo conveniri in ähnlichem Sinne gebraucht wird. Den Beweis für die Richtigkeit dieser Auslegung erbringt der § 5 h. l. selbst, woselbst der 4. Fall des Principiums erst mit den Worten „in solidum vero agi oportet et partio solutis affert liberationem“ umschrieben und dies im folgenden, mit „nam“ eingeleiteten Satze dahin erklärt wird, dass 1. die Denunziation in solidum erfolgen muss, und 2. jedem Schuldner nur „pro parte hereditaria praestatio subiungitur“.

[96]) Vgl. darüber Ribbentrop S. 197 ff.; Ubbelohde S. 174 ff.; anderseits Bechmann, Kauf I § 48 S. 367—374; Lenel, Palingenesia I Celsus No. 234. II Venuleius No. 62.

Wenn wir nunmehr noch die ädilitischen Klagen betrachten, so ist die actio quanti minoris von vornherein, als auf eine teilbare Leistung gerichtet, auszuscheiden. Die actio redhibitoria dagegen geht wenigstens insofern auf eine unteilbare Leistung, als der Verkäufer verpflichtet ist, die Sache zurückzunehmen und den Kaufpreis zu restituieren und dadurch den Kauf geradezu wieder aufzuheben. Indessen ist das römische Recht von der grundsätzlichen Teilbarkeit der redhibition ausgegangen.[97] Die Ausnahmen[98] von der aus dieser Teilbarkeit sich ergebenden Regel, dass jeder Redhibitionsberechtigte die Redhibition zum Teil und selbständig verlangen kann und jeder Restitutionsverpflichtete allein und nur pro parte redhibieren muss, beruhen denn auch auf Billigkeitsgründen oder praktischen Erwägungen, und führen nicht zur Solidarität im technischen Sinne, sondern dazu, dass die mehreren Berechtigten gemeinsam handeln müssen, von den mehreren Verpflichteten keiner allein zu wandeln braucht, sondern dass er verlangen kann, dass alle Verpflichteten gemeinsam auf Redhibition belangt werden.[99] Dieses Verhältnis hat dann auch offenbar mit der Solidarität gar nichts gemein, setzt vielmehr die grundsätzliche Geteiltheit mit Notwendigkeit voraus, und die Geteiltheit kommt dann auch sofort zum Ausdruck, wenn die Rückgewährung der Ware nicht mehr in Frage kommt.[100] Wenn sich an anderer Stelle abweichende Vorschriften finden, wie z. B. über die Redhibitionspflicht der Sklavenhändler,[101] so beruhen dieselben auf den besonderen Gründen des einzelnen Falles, und sind kaum der analogen Anwendung auf andere Fälle fähig.

Das Ergebnis dieser Untersuchung besteht darin, dass überall da, wo wirkliche Unteilbarkeit der Leistung vorliegt, im Falle einer Mehrheit von Schuldnern die Römer eine wirkliche Soli-

---

[97]) Ubbelohde S. 213; Ribbentrop S. 163.

[98]) l. 31 § 5, § 9; l. 31 § 10, i. f.; l. 31 § 7 D. de aed. ed. 21, 1; Ubbelohde S. 214; Ribbentrop S. 163, 164.

[99]) Dass bloss praktische Erwägungen zu diesen Sätzen geführt haben, zeigen deutlich die ll. 31 § 5, § 8 D. de aed. ed. 21, 1. Vgl. Planck, Mehrh. der Rechtsstr. S. 154, 400; Ubbelohde S. 214, 215. — Ferner die in Note 98 genannten Stellen.

[100]) Vgl. l. 31 §§ 17—19 de aed. ed. 21, 1; Ubbelohde S. 214 zu N. 8; l. 31 § 6 D. eod.

[101]) l. 44 pr. § 1 D. eod. 21, 1 und dazu Bechmann, Kauf I S. 412 u. N. 1; Ubbelohde S. 215 N. 12 ff.; Ribbentrop S. 161 N. 22; Savigny, Obligationenrecht I S. 204, Landucci S. 61 u. a. m.

darität im Sinne des von uns entwickelten Solidaritätsbegriffes angenommen haben. Inwieweit diese Solidarität Korrealität ist, ist eine für uns nach den Ergebnissen unseres I. Kapitels bedeutungslose Frage. Indessen werden wir im IV. Kapitel versuchen, den Nachweis zu liefern, dass diese Solidarobligationen sich in keiner Weise von den von der herrschenden Lehre so genannten Korrealobligationen unterscheiden.

II. Schwierig und bestritten ist die Frage, ob bei den römischen Noxalklagen Solidarität und Korrealität anzunehmen ist. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden, nämlich 1. das Verhältnis des Gewalthabers zum Delinquenten, und 2. das Verhältnis mehrerer Gewalthaber des nämlichen Delinquenten. Wir stellen den ersten der beiden Fälle einstweilen zurück, da er von einer sog. adjektizischen Obligation handelt, und beschäftigen uns vorläufig nur mit dem zweiten,[102]) wobei wir uns auf die Solidarität beschränken und die Frage der Korrealität dem IV. Kapitel vorbehalten.[102a])

Bei der Frage, deren Beantwortung uns hiernach an dieser Stelle obliegt, sind zwei Fälle ohne Schwierigkeit, wenn nämlich die Miteigentümer des delinquierenden Sklaven sämtlich ignorantes oder sämtlich scientes waren. Im ersten Falle ist ihre Verpflichtung darauf gerichtet „aut servum noxae dedere aut noxiam sarcire“; im zweiten Falle haften die Miteigentümer, als ob sie selbst das Delikt begangen hätten; in beiden Fällen aber wird durch die Erfüllung der Verpflichtung seitens des einen Miteigentümers der andere befreit. Man kann daher kein Bedenken tragen, hier ebenso, wie im Falle mehrerer Delinquenten, Solidarität anzunehmen.

Zweifelhaft mag es dagegen scheinen, ob dann eine Solidarobligation vorliegt, wenn von den Miteigentümern der eine „conscius“, der andere „ignorans“ war, weil hier der eine schlechthin zum Schadenersatz, der andere dagegen nur alternativ mit der noxae datio verpflichtet war, es mithin anscheinend an der auch von uns für wesentlich erachteten Identität des Leistungsgegenstandes zu fehlen scheint. Die Sache liegt hier jedenfalls ähnlich wie in dem oben[103]) behandelten Falle der l. 15 D. h. t. 45, 2, und wir tragen kein Bedenken, wie dort, so auch hier die Solidarität anzunehmen.

---

[102]) Vgl. § 5.

[102a]) § 21 Z. VIII.

[103]) S. 63 ff.

Wenn wir als das wesentlichste Kennzeichen der Solidarität die Wirkung der solutio bezeichneten und die Ursache dieser Wirkung in der Identität der geschuldeten Leistung erblicken zu können glaubten, so stehen wir bei Beurteilung unseres Falles vor der Alternative, entweder die befreiende Wirkung der Erfüllung seitens des einen Noxalschuldners auf die Identität des Obligationsgegenstandes zurückzuführen und demnach die letztere trotz des anscheinenden Mangels eines identischen Leistungsgegenstandes anzunehmen, oder aber wegen der mangelnden Identität der Leistung auch die befreiende Wirkung der Erfüllung auf den nicht leistenden Noxalschuldner zu verneinen. Dass die letztere Entscheidung nicht den Quellen entspricht, kann nicht zweifelhaft sein. Nach l. 9 D. de nox. act. 9, 4 haftet der „sciens omnium nomine“ und durch die Litiskontestation mit ihm werden die anderen Miteigentümer frei. Dass infolgedessen auch durch die Erfüllung von seiten des sciens der ignorans befreit wird, und dass insofern die Römer diesen Fall gerade so behandeln, als wenn beide Verpflichtungen ihrem Gegenstande nach vollkommen gleich wären, wird man nicht in Abrede stellen können. Anders liegt die Sache im umgekehrten Falle. Der dominus sciens ist zur noxae deditio weder verpflichtet noch berechtigt; insoweit daher die Verpflichtung des ignorans auf noxae dedere geht, wird die Verpflichtung des sciens unmittelbar weder durch die Litiskontestation mit dem ignorans noch durch die noxae deditio betroffen, und damit stimmt anscheinend die l. 17 D. eod. vollkommen überein, wenn sie in diesem Falle sagt: iniquum est vilissimi hominis deditione alterum quoque liberari: igitur agetur et cum altero, et si quid amplius est in damni persecutione, consequetur computato pretio hominis noxae dediti.[104])

Die Verschiedenheit dieser Behandlung der nämlichen Sache hier und in der l. 15 de duobus reis springt in die Augen. Obwohl dort wie hier der eine Schuldner einfach, der andere alternativ verpflichtet ist, wird nur im Fall der l. 15 wirkliche Solidarität angenommen; in der l. 17 cit. dagegen befreit zwar die Leistung des Schadenersatzes von seiten des dominus sciens den ignorans, nicht aber die deditio von seiten des ignorans den sciens.

Der Grund dieser Verschiedenheit ist leicht einzusehen, und insofern bildet sie geradezu ein Argument für unsere Solidaritätstheorie. Im Fall der l. 15 de duobus reis ist Vertrag die causa

[104]) Über die l. 17 vgl. unten Kap. IV § 21.

der Solidarobligation. Hier dagegen ist eine gesetzliche Obligation in Frage. Im Falle der l. 15 brauchte der Jurist es mit der Identität des Leistungsgegenstandes nicht sehr genau zu nehmen, da die Parteien den einen Gegenstand mit dem anderen identifiziert hatten; hier nimmt es Paulus mit der Identität des Gegenstandes genau, weil sonst eine Benachteiligung des Gläubigers eintreten würde. Wenn man daher die Stelle in ihrem Wortlaut dem Paulus zuschreiben kann,[105]) so ist man anscheinend genötigt, eine bloss relative Solidarität anzunehmen; nämlich Solidarität in Bezug auf den Schadenersatz, keine Solidarität in Bezug auf die noxae deditio.

Indessen scheinen uns zwei Momente gegen diesen Schluss zu sprechen. Zunächst die Begründung: „iniquum est vilissimi hominis deditione alterum quoque liberari". Damit scheint Paulus gerade anzuerkennen, dass von Rechtswegen die Befreiung eintreten müsse, und diese Entscheidung nur, wegen ihrer Unbilligkeit, eine Korrektur verdiene.

Das andere Moment, welches Bedenken erregt, führt uns dazu, die Stelle als sehr wahrscheinlich interpoliert zu erklären. Die l. 17 cit. ist nicht nur wegen des „iniquum est" auffallend, sondern auch dadurch, dass sie hinsichtlich der Regressfrage mit einer anderen Stelle in Widerspruch steht. Während ihr zufolge sowohl der dominus sciens gegen den ignorans als auch umgekehrt letzterer gegen den ersteren regressberechtigt ist, wird in l. 9 de nox. act. von dem nämlichen Paulus der Regress dem dominus conscius schlechthin abgesprochen.[106])

Die Verschiedenheit beider Stellen in dieser Beziehung weist darauf hin, dass, da sie dem nämlichen Schriftsteller und dem nämlichen Werke angehören, eine Veränderung des Textes vorgenommen sein muss, und man wird nicht daran zweifeln können, dass die l. 17 diejenige ist, welche die Veränderung erfahren hat.

Nach der l. 2 pr. de nox. act. 9, 4 wird nämlich der dominus conscius so behandelt, als ob er selbst der Thäter wäre, und auch die l. 5 eod. begründet die Solidarhaftung damit, dass es sich

---

[105]) Bedenken dagegen bei Eisele S. 471.

[106]) M. E. geht es nicht an, den Widerspruch mit Sell, Noxalklagen S. 204f. dadurch aus der Welt zu schaffen, dass man in die l. 9 hinein interpretiert, dem conscius werde der Regress nur soweit versagt, als seine Leistung „poena conscientiae" sei. Paulus sagt zu deutlich und unzweideutig: nec a socio quicquam debebit consequi: sui enim facti poenam meruit, wobei der zweite Satz keine Einschränkung, sondern eine Begründung sein soll.

um eine Quasi d e l i k t s haftung handelt. Schon daraus lässt sich mit einiger Wahrscheinlichkeit der Schluss ziehen, dass der Regress dem conscius überhaupt versagt sein sollte, wie er auch dem Thäter gegen den Mitthäter nicht gewährt wird.[107]) Mit dieser Versagung des Regresses, wenn beide Miteigentümer scientes waren, stimmen die Quellen insofern überein, als sie die Regressfrage nur dann erörtern, wenn einer von den Miteigentümern ignorans, der andere sciens war,[108]) oder sämtliche Miteigentümer von dem Delikte keine Kenntnis hatten,[109]) und neben diesem Umstand spricht noch für unsere Ansicht die Begründung, mit welcher Paulus den Regress in der l. 9 cit. versagt: sui enim facti poenam meruit, welche fast wörtlich der Begründung entspricht, mit welcher er den Regress dem dominus iubens verweigert „illud iniquum est eum, qui iussit servum facere, consequi aliquid ex socio, cum ex suo delicto damnum patiatur".[110])

Wenn dies aber der Fall ist, also Paulus keinen Regress des dominus sciens angenommen hat, so ist damit zwar unmittelbar gar nichts für die Frage der Solidarhaftung gewonnen, aber doch mittelbar insofern, als die Stelle überhaupt verdächtig ist. Es scheint mir fraglich, ob Paulus der aequitas einen so einschneidenden Einfluss auf eine dem ius civile angehörende Klage eingeräumt hat, während diese Argumentation dem Geiste der Kompilatoren vollkommen entspricht. Viel glaublicher würde es sein, dass Paulus, wenn ihm überhaupt Bedenken erwachten, sie empfand über die Frage, ob eadem res, ob Solidarität überhaupt vorliege, und wenn er ja an der Billigkeit der strengen Regel zweifelte, diese Bedenken in ähnlicher Weise zurückwies, wie

[107]) Vgl. l. 1 § 14 D. de tut. et. rat. distr. 27, 3; l. 15 eod.

[108]) l. 9, l. 17 D. de nox. act. 9, 4.

[109]) l. 8 D. de nox. act. 9, 4.

[110]) l. 17 pr. D. de nox. act. i. f. M. E. geht es nicht an, aus diesem Satze ein argumentum e contrario für den Fall der scientia domini zu entnehmen, weil derselbe ganz ohne disjunktive Verbindung zum vorhergehenden steht. Ebenso willkürlich ist es freilich, unter dem sciens in l. 9 eod. den iubens der l. 17 zu verstehen. Vgl. Sell a. a. O. S. 204 gegen Cuiaz. Comment. in libr. XXII Pauli ad edictum, ad l. 17 h. t. — Dagegen beweist der Umstand, dass der genannte Satz ohne jede Verbindung durch quodsi, autem oder ähnliche Partikeln an den Vorhergehenden angefügt ist, dass die l. 17 eine Veränderung durch die Kompilatoren erfahren haben muss, und die stylistischen Eigentümlichkeiten der Stelle weisen darauf hin, dass der Satz, welcher den Regress gewährt, vollkommen eingeschoben ist. Darüber Eisele S. 471. Für die Interpolation des ersten Satzes scheint mir der Wechsel der Subjekte — agetur — consequetur — angeführt werden zu können.

Ulpian bei der actio aquae pluviae arcendae: „quia sua culpa actor id patiatur, qui non agit cum eo, a quo opus factum sit.“ [111])

Das Beispiel der Eigentümer des fundus, ex quo aqua pluvia nocet, belehrt uns zugleich darüber, dass es die Römer mit der Identität des Leistungsgegenstandes auch in den Fällen der gesetzlichen Solidarität nicht allzu genau nehmen, denn auch in diesem Falle wird die Klage gegen den Miteigentümer, qui opus fecit, konsumiert, obgleich mit der Klage gegen den anderen Miteigentümer die Restitution des opus gar nicht erlangt werden kann.

Hiernach wird man berechtigt sein, die Miteigentümer des servus delinquens schlechthin als Solidarschuldner zu bezeichnen. Wir werden in der Betrachtung der l. 17 im IV. Kapitel bei Behandlung der Frage, ob diese Miteigentümer Korrealschuldner sind, ein weiteres Argument für diese Ansicht erhalten.

Wenn wir dabei versuchen, das massgebende Prinzip zu finden, welches die klassischen Juristen dieser Solidarität zu Grunde gelegt haben, so können wir, uns zum Teil anlehnend an unsere Erörterungen über die actio aquae pluviae arcendae, zum Teil das Ergebnis unserer Untersuchung über die Korrealhaftung der Noxalschuldner vorausnehmend, davon ausgehen, dass in den genannten Fällen die Römer eadem res angenommen haben, obwohl die Verpflichtungen mit einander nicht in ihrem Gegenstande übereinstimmten. Das gemeinsame Moment ergibt sich dabei aus der Betrachtung der genannten Fälle, wo immer eine alternative Leistung in Frage steht. Im Falle der l. 15 de duobus reis beruht die Alternativität auf dem Parteiwillen, im Falle der Noxalhaftung auf gesetzlicher Vorschrift. Und wenn, wie wir oben angenommen haben, die Alternativität ihrem Wesen nach nichts anderes ist, als Identität der Leistungen trotz Verschiedenheit der Objekte, so ist in der That nicht einzusehen, wie der klassische Römer hier die Solidarität hätte in Abrede stellen können, da doch infolge der Alternativität und der durch sie bewirkten Identität die Verschiedenheit der Objekte keine Rolle zu spielen hat. Und da in der intentio der actio noxalis nicht nur die noxae deditio, sondern auch das „noxiam sarcire“ ausgesprochen war, war insofern für den klassischen Juristen jedenfalls kein Zweifel, dass eadem res vorlag, da ja auch gegen den dominus ignorans immer auch die Verpflichtung zum Schaden-

---

[111]) l. 11 § 2 D. de aqua 39, 3.

ersatz eingeklagt wurde. Diese Alternativität ist denn auch bei der actio aquae pluviae arcandae insofern vorhanden, als bei der Klage die Verschiedenheit des Gegenstandes gar nicht zum Ausdruck kommt,[112] vielmehr die verschiedene Behandlung des dominus auctor und non auctor wohl ausschliesslich dem arbitrium iudicis überlassen war. Die Geldkondemnation und die Fassung der Formel haben den Römern über manche Schwierigkeit hinweggeholfen.[113]

§ 5.

II. Die actiones adiectitiae qualitatis.

Ob die Obligationen, aus welchen die sogenannten adjektizischen Klagen hervorgehen, Solidarobligationen sind, ist erst in neuerer Zeit Gegenstand des Streites geworden. Zwar hat schon Savigny[1]) ausgeführt, es sei in diesen Fällen nur für die Person, welche den Vertrag geschlossen hatte, eine wahre, eigentliche Obligation vorhanden; aber diese Ausführung sollte ihm nur dazu dienen, die Korrealität zu verneinen und diese Fälle den „blossen Solidarobligationen“ beizuzählen. Verständlich wird diese Argumentation nur dadurch, dass Savigny sich nicht positiv, sondern negativ ausdrückt, indem er der Korrealität nicht die Solidarität im engeren Sinne, sondern die so genannte „unechte Korrealität“ gegenüberstellt. Dennoch ist in Savignys Ausführungen ein innerer Widerspruch nicht in Abrede zu stellen, wenn man bedenkt, dass er unter „unechter Korrealität“ gerade eine Mehrheit von Obligationen versteht, und mit Recht hat Kuntze[2]) sich dagegen gewendet. Denn ausser diesem Widerspruch leidet die Ansicht Savignys an dem Fehler, dass sie etwas Unmögliches annimmt, weil die Existenz einer persönlichen Leistungsklage ohne obligatorische Basis gar nicht denkbar ist. Da nach seiner Theorie Korrealobligationen Obligationen mit identischem Vermögensstoff sind, und dieses Merkmal ihm bei den adjektizischen

---

[112]) Vgl. Lenel, edictum S. 302 N. 3.

[113]) Ich glaube daher in der l. 11 § 2 de aqua 39, 3 und der l. 17 D. de nox. act. 9, 4 ein Argument für die Richtigkeit meiner Erklärung der l. 15. D. h. 1, 45, 2 erblicken zu können. (Oben S. 63 f.)

[1]) Obligationenrecht I S. 213 f.; vgl. auch Ribbentrop S. 12 N. 2 und Keller, Litiskontestation und Urteil §§ 49—51.

[2]) Obligation und Singularsuccession S. 239.

Obligationen in ihrem Verhältnis zu den Hauptobligationen zuzutreffen scheint, so sieht Kuntze keinen Grund, sie von den Korrealobligationen auszunehmen und sie demgemäss auch für Solidarobligationen zu erklären, und dieser Ansicht hat sich die Mehrzahl der Schriftsteller angeschlossen.[3]) Wir selbst wollen die Frage, ob Korrealität, wenn Solidarität vorhanden ist, unerörtert lassen und uns auf die uns wichtiger dünkende Frage beschränken, ob überhaupt in den genannten Fällen von Solidarität gesprochen werden kann. Diese Frage ist meines Wissens nur von Ryck[4]) und Landucci[5]) verneint worden. Ersterer gründet seine ablehnende Meinung darauf, dass bei diesen Obligationen „die Solidarität nicht notwendig oder nicht unbedingt und schlechthin, sondern in manchen Fällen nur mit Beschränkungen und Vorbehalten Platz greife“, während Landucci die Ansicht Savignys teilt, dass eine eigentliche Obligation des adjektizischen Schuldners nicht vorhanden sei und von diesem Ausgangspunkt aus zu dem gewiss richtigeren Schluss kommt, dass alsdann mit der Korrealität auch die Solidarität verneint werden müsse, da es an der wesentlichen Mehrheit der Schuldner fehle.

Indessen haben wir schon angedeutet, dass uns dieser Ausgangspunkt unmöglich scheint, und auch die Quellen lassen keinen Zweifel darüber, dass der Geschäftsherr oder Gewalthaber, gegen welchen die adjektizische Klage gegeben wurde, als Schuldner einer Obligation betrachtet wurde.[6]) Damit verliert die Anschauungsweise Savignys und Landuccis jede Stütze.

---

[3]) Vangerow, Pand. III § 573 N. 3; Sintenis, Civilrecht II S. 140; Rückert Lindes Zeitschrift N. F. Bd. XII S. 17, 52; Windscheid, krit. Überschau Bd. VI S. 288 und Pand. II § 297 N. 6; Samhaber S. 176; Brinz, krit. Bl. IV S. 13 f., 24 f. und schärfer Pand. II § 258, insbes. S. 208 f.; Mandry, Familiengüterrecht II S. 288 ff.; unentschieden Fitting S. 13. Anderer Ansicht: Bekker, prozessualische Konsumption S. 222, Aktionen II S. 316 f.; Baron, Gesamtrechtsverh. S. 262, 263, und Abhandlungen aus dem röm. Civilprozess II S. 142; Helmolt, Korrealobligation S. 94 f.; Dietzel in Bekkers Jahrbuch II S. 142; Czyhlarz S. 103 f.; Weibel, Korrealobligation S. 76.

[4]) Die Lehre von den Schuldverhältnissen S. 87.

[5]) Le obbligazioni in solido p. 190 ff. § 40.

[6]) Vgl. l. 5 § 1 D. de exercitoria act. 14, 1: „hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur“. Ferner l. ult. C. quod cum eo 4, 26: „constringi“; l. 1 § 24 D. de exercit. act. 14, 1: „propter honorariam obligationem — minuitur obligatio“; l. 27 D. de liberlegata 34, 3: „nondum debitor fuit“; l. 8 D. de rescind. vend. 18, 5 — „praetoria actione teneri“ u. a. m.; Brinz, krit. Bl. II S. 11 Anm. 27 und Pand. II S. 208 N. 23; Affolter, das römische Institutionensystem I S. 199; l. 47 § 2 D. de peculio 15, 1, wo der Gegensatz zu den

Es fragt sich daher nur, in welchem Verhältnis die beiden Obligationen zu einander stehen. In dieser Beziehung nimmt Baron an,[7]) dass die Haftung des Gewalthabers eine „qualitativ und quantitativ ganz andere sei als die des Gewaltunterworfenen, und dass daher, wie bei der Bürgschaft, weder Korreal- noch Solidarobligationen vorhanden seien“;[8]) wir können dies nicht acceptieren, behaupten vielmehr, dass die beiden Obligationen inhaltsgleich sind und nur in gewissen Fällen eine quantitative Verschiedenheit möglich ist.

Für die actio exercitoria beweist dies die l. 1 § 24 D. eod. 14, 1: Ulpianus libro XXVIII ad edictum: Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. Sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso iure minuitur obligatio: sed et si ab exercitore, sive suo nomine, id est propter honorariam obligationem, sive magistri nomine solverit, minuitur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat.

Ferner die l. 44 D. de peculio 15, 1: Ulpianus libro LXIII ad edictum: Si quis cum filio familias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum et patrem dumtaxat de peculio, womit zu vergleichen ist die l. 18 § 5 D. de castr. pec. 49, 17 Maecianus libro I fideicommissorum: „Sed nec cogendus est pater aes alienum, quod filius peculii nomine, quod in castris acquisiit, fecisse dicatur, de peculio actionem pati: et, si sponte patiatur, ut quilibet defensor satisdato filium in solidum, non peculio tenus defendere debet.

Aus der ersten der genannten Stellen ergibt sich, dass für die beiden Obligationen, die civile des Haussohnes wie die prätorische des Vaters, der Kontrakt des Sohnes die gemeinsame causa bildet. Ferner ergibt sich daraus, dass, wenn einer von beiden Schuldnern suo nomine bezahlt, der andere ipso iure befreit wird, ja schon daraus, dass die Stelle von solutio schlechthin spricht, ergibt sich, dass beide Obligationen inhaltsgleich, in Hinblick auf die geschuldete Leistung identisch sind. Damit haben wir die Merkmale der Solidarität für den Fall der actio exercitoria fest-

---

Worten „socius universum debet“ nicht etwa „pater nihil debet“, sondern „non universum debet“ ist. Bekker, Consumption S. 178, Affolter S. 200. Dagegen Krüger, Consumption S. 75 N. 75; Keller, Bekkers Jahrb. III S. 164 ff.

[7]) Gesamtrechtsverhältnisse S. 263.

[8]) S. 264.

gestellt; da obendrein die Litiskontestation mit dem einen Schuldner den anderen befreit, scheint auch Korrealität — im Sinne der herrschenden Lehre — vorzuliegen. Wenn gegen diese Annahme auf l. 49 pr. und l. 91 § 5 D. de V. O. verwiesen wird,[9]) welche besagen, dass die Obligation des Vaters durch die mora des Sohnes perpetuiert wird, während für correi der Satz gilt „Unicuique sua mora nocet", [10]) so kann erwidert werden, dass diese Besonderheit ihren Grund in der accessorischen Natur der adjektizischen Haftung hat, [11]) und dass daher diese Stellen als Beweismittel gegen die Solidarität bezw. Korrealität der adjektizischen Obligationen ohne Belang sind.[12])

Anderseits scheint uns aber auch die Vorstellung, von der die Römer bei diesen Obligationen ausgehen — alteri debitori alter adicitur — ganz unabweisbar darauf hinzuführen, dass die beiden Obligationen inhaltlich identisch sind; dadurch, dass neben den ursprünglichen Schuldner ein anderer hinzutritt, wird eben der Inhalt der civilen Obligation auf einen neuen Schuldner ausgedehnt; dass dies durch das ius honorarium geschieht, kann m. E. an dieser Identität des Inhalts nichts ändern, und wir müssen es daher den Gegnern überlassen, den von ihnen behaupteten Mangel dieser Identität zu beweisen. [13])

---

[9]) Weibel S. 76.

[10]) l. 173 § 2 D. de R. J.; l. 32 § 4 D. de usuris 22, 1.

[11]) Wenn auch die adjektizischen Obligationen nicht in jeder Beziehung als Accessionen behandelt werden; vgl. einerseits l. 91 § 4 D. de V. O., anderseits l. 11 D. de fideiuss. 46, 1; l. 4 § 4 D. de exerc. act. 14, 1; l. 15 D. de inst. act. 14, 3; l. 1 § 10 D. quando de pec. 15, 2; l. 7 C. quod cum eo 4, 26; l. 7 § 5; l. 8; l. 9 pr. D. de trib. act. 14, 4; l. 10 D. eod.; Czyhlarz S. 104 f.

[12]) Vgl. auch die l. 13 § 1 de inst. act. 14, 3 und l. 5 §§ 2, 3 D. de lib. leg. 34, 3.

[13]) Bekker a. a. O. S. 222 folgt Savigny; Baron, Gesamtrechtsverhältnisse S. 263, sucht die Verschiedenheit der Obligationen ihrem Inhalt nach damit zu erweisen, dass der Gewaltunterworfene hafte, weil er delinquiert (oder kontrahiert) hatte, der Gewalthaber, weil er nach prätorischer Anordnung dafür aufkommen soll, dass jener delinquiert (oder kontrahiert) hat u. s. w. Aber das will uns ein fadenscheiniges Argument bedünken. Gerade so, wie wenn man die Solidarhaftung, bezw. die inhaltliche Identität bei mehreren Deliktsobligationen deshalb in Abrede stellen wollte, weil der A. deshalb haftet, weil er delinquiert hat, während der B. deshalb haftet, weil er, B., delinquiert hat. Baron verwechselt dabei augenscheinlich das „warum" mit dem „wofür". In thatsächlicher Beziehung ist seine Unterscheidung richtig; aber daraus folgt doch nicht, dass der Gewalthaber für etwas anderes haftet als der Gewaltunterworfene. Mir scheint im Gegenteil bei den adjektizischen Klagen die Identität des Gegenstandes deshalb um so zweifelloser zu sein, weil beide

Das Argument aber, welches aus den beiden anderen Stellen gegen die Einreihung dieser Fälle unter die Solidarobligationen entnommen werden will — filium in solidum et patrem dumtaxat de peculio — filium in solidum, non peculio tenus defendere — dass nämlich wenigstens bei der actio de peculio und der actio de in rem verso der adjektizische Schuldner gar nicht das Nämliche schulde, wie der Hauptschuldner, ist nur scheinbar von grösserem Gewicht. Wenn die Quellen in diesen Fällen verneinen, dass der Vater in solidum obligiert sei, so soll damit nur das absolute Mass seiner Haftung verneint sein. Solidarisch, genauer gesagt, relativ solidarisch, bleibt die Haftung des Gewalthabers immer. Denn immer haftet der Vater neben dem Sohne ungeteilt; nur haftet er nicht für den ganzen Betrag der Schuld. Nicht dadurch, dass eine Mehrheit von Schuldnern vorhanden ist, tritt die Minderung der adjektizischen Haftung ein, sondern trotz dieser Mehrheit tritt keine absolute Minderung, d. h. keine Teilung, ein. Sofern nur das Pekulium gross genug ist, zeigt sich die solidarische Haftung auch des adjektizischen Schuldners in ihrer vollen Grösse.

Wir können daher auch der erstaunten Frage Barons:[14]) „Was ist das für eine Identität, bei welcher die eine Schuld selbständig in die Höhe und zurückgeht, während die andere fest und unbeweglich stehen bleibt?“ keine Berechtigung zuerkennen. Die Identität ist dem Gegenstande nach, wenn auch nicht dem Betrage nach, vorhanden. Ausschluss der Teilung und Ausschluss der Vervielfältigung sind die beiden Momente, in denen sich die Solidarität dokumentiert, und diese beiden Momente sind bei allen adjektizischen Obligationen, auch bei der Pekuliarhaftung des Vaters, gegeben.[15])

Wir können aber auch dem weiteren Versuche Barons nicht zustimmen, die Identität des Gegenstandes bei der actio directa und der actio de peculio damit abzulehnen, dass der Gewalthaber überhaupt nicht auf Erfüllung, sondern auf Herausgabe des Pekuliums hafte.[16]) Die beiden Stellen, auf welche sich Baron hierbei

---

Schuldner wegen einer wirklich einheitlichen Handlung und für die notwendig einheitlichen Folgen dieser Handlung haften: Für den Ersatz des angerichteten Schadens, für die Erfüllung des Vertrags.

[14]) Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess II S. 142.

[15]) Ebenso, wie z. B. die Solidarität dadurch nicht ausgeschlossen wird, dass von den Erben, welche eine unteilbare Leistung schulden, der eine cum beneficio inventarii, der andere ohne dieses angetreten hat.

[16]) eod. S. 143.

beruft,[17]) sagen das keineswegs; sie sind nur Anwendungen des Prinzips, dass der Gewalthaber mit dem Pekulium haftet, und dass daher seine Haftung untergeht, sobald das Pekulium zur Befriedigung der Forderung verwendet ist. Die Begründung des Africanus: etenim dominum, cum quo de peculio agitur, si paratus sit, rebus peculiaribus creditori cedere, ex causa audiendum putavit, scilicet si sine dolo malo et frustratione id faciat, beweist, dass den Inhalt der adjektizischen Obligation die Erfüllung der Hauptobligation bildet, und dass die Abtretung des Pekuliums nicht Pflicht, sondern Recht des Schuldners ist und einen Ausweg darstellt, indem einerseits der Gläubiger, soweit dies notwendig ist, befriedigt wird, anderseits der Schuldner sich selbst durch die Abtretung die Erfüllung unmöglich macht.

Baron[18]) und andere verweisen noch auf Papinian, welcher die Korrealität — und unseres Erachtens auch die Solidarität — dann verneint, wenn „impar suscepta est obligatio“.[19]) Aber auch daraus kann ein begründeter Einwand nicht erhoben werden, weil die Stelle weder auf die adjektizischen, noch auch auf die accessorischen Obligationen quadriert. Für Papinian wird die Korrealität dadurch ausgeschlossen, dass der eine für dolus allein, der andere für dolus und culpa haftet. Um daraus aber ein Argument gegen uns zu gewinnen, müsste Baron darthun, was denn für eine Obligation im Falle der l. 9 § 1 de duobus reis entsteht, bezw. dass eine Obligationenmehrheit entsteht, welche mit unseren Fällen einige Ähnlichkeit hätte. U. E. kann Papinian der Imparität wegen nur die Solidarität, d. h. die Einfältigkeit der Leistung, haben ausschliessen wollen, oder, wenn das nicht, sagen wollen, dass keine Solidarität in Bezug auf die Kulpahaftung vorhanden ist: non esse duos reos culpae praestandae, dass die beiden Schuldner aber, soweit die Naturalleistung in Frage kommt, Solidar- und Korrealschuldner sind.

Wir sehen daher keinen Grund, die solidarische Qualität dieser Obligationen in Abrede zu stellen. Die einzige Frage, deren Bejahung noch zur Ausschliessung der Solidarität führen könnte, wäre demnach die, ob für den Solidaritäts- oder Korrealitätsbegriff Parität der Obligationen in dem Sinne erforderlich ist, dass nur mehrere Haupt- oder mehrere Nebenobligationen unter einander solidarisch sein können. Wir müssen uns einst-

[17]) l. 9 D. comm. div. 10, 3; l. 51 D. de pec. 15, 1.
[18]) S. 263.
[19]) l. 9 § 1 D. h. t. 45, 2.

weilen darauf beschränken, diese Frage zu verneinen, und werden die Begründung im folgenden Paragraphen, bei Besprechung der fideiussio, zu erbringen versuchen. Jedenfalls besteht kein Grund, wegen der adjektizischen oder accessorischen Natur der Obligation die Solidarität zu verneinen,[20]) wenn sich nicht daraus der Mangel eines begrifflichen Erfordernisses der Solidarität ergibt.

Dieser unserer Anschauung entsprechen auch die einzelnen Rechtssätze, welche die Quellen hinsichtlich der Wirkung einzelner Rechtsakte ersehen lassen: Dass die Zahlung von seiten des einen Schuldners den anderen befreit, haben wir bereits erörtert; wie die Zahlung wirkt aber der Eid des Gewalthabers, wie anderseits auch wohl der des Gewaltunterworfenen, sofern er nur die Obligation des Gewaltunterworfenen betrifft;[21]) ebenso befreit die Novation der Hauptobligation, wenn der Gewaltunterworfene einem neuen Gläubiger delegiert wird oder einen anderen delegiert, den Gewalthaber bezw. Geschäftsherrn;[22]) und ebenso wirkt die mit dem Gewalthaber oder dem Sohn vorgenommene acceptilatio befreiend auf seinen Mitschuldner, weshalb, ganz wie bei duo rei promittendi, die liberatio legata durch pactum de non petendo erfüllt wird, um die nicht legierte Befreiung des Mitschuldners zu verhindern.[23]) Dass die adjektizische Qualität der Obligation des Gewalthabers sogar noch weitergehende Wirkungen äussert, kann nicht wundernehmen; denn dieselben sind nicht gegenseitig, sondern treten bloss in der Person des adjektizischen Schuldners ein, beruhen also auf dem accessorischen Element, welches in den obligationes adiecticiae qualitatis enthalten sind. Dahin gehört die Wirkung des vom Sohn abgeschlossenen pactum de non petendo in personam auf den Vater,[24]) die Haftung des Gewalthabers für die mora des Untergebenen,[25]) des Jubenten für die culpa des filius iussus,[26]) während nicht umgekehrt auch der Sohn für mora und culpa des Vaters haftet.

Man wird zugeben müssen, dass aus der Gleichheit der Rechts-

---

[20]) Wie Weibel S. 76 u. a. wollen. Dagegen Mandry S. 292 f.

[21]) l. 26 § 1 D. de iureiur. 12, 2.

[22]) l. 13 § 1 D. de instit. act. 14, 3. Dass die Stelle auf die Delegation zu beschränken ist, ergeben die Worte „si non novaverit quis eam obligationem“ und „vel ab institore vel ab alio“. Darüber unten Kap. III § 13 zu Note 17.

[23]) l. 5 §§ 2, 3 D. de lib. leg. 34, 3; Affolter, Institutionensystem I S. 202.

[24]) l. 19 § 1; l. 20; l. 21 D. de pact. 2, 14.

[25]) l. 49 pr. V. O. 45, 1.

[26]) l. 91 § 5 eod.

wirkungen ein Schluss auf die Gleichheit der Voraussetzungen, des Rechtsbegriffs, mit einiger Sicherheit gezogen werden kann; auf solchen Schlüssen beruht unsere ganze systematische Wissenschaft. Unter diesen Umständen können wir von den Gegnern den Nachweis abwarten, dass sich aus ihrem Begriff der adjektizischen Haftung, den sie überdies nicht positiv formulieren, sondern nur in Gegensatz zum Solidaritätsbegriff und Korrealitätsbegriff stellen, sich Rechtswirkungen ergeben, welche mit den beiden letzteren sich nicht vereinigen lassen. Zu diesem Nachweis genügt es aber nicht, dass Wirkungen eintreten, welche bei den paritätischen Obligationen nicht eintreten, sondern es ist der Nachweis erforderlich, dass die Rechtssätze, welche bei den letzteren eine Konsequenz des Solidaritätsbegriffes bilden, bei den adjektizischen Obligationen ganz oder teilweise nicht eintreten.

Endlich muss nach richtiger Ansicht auch angenommen werden, dass die actio directa mit der adjektizischen Klage im Konsumptionsverhältnis steht,[27]) was, wie wir sehen werden, für die Römer die regelmässige Konsequenz der Solidarität bildet.[28])

In diesem Zusammenhang müssen wir auf die actio noxalis zurückkommen, soweit nämlich das Verhältnis des Delinquenten und des Gewalthabers gegenüber dem Verletzten in Frage kommt. In diesem Fall liegt jedenfalls dann eine Mehrheit von Obligationen vor, wenn der Sklave sciente oder ignorante domino ein Delikt begangen hat.[29]) Dass dagegen auch dann eine Obligation des Sklaven vorliege, wenn er iubente domino gehandelt hat, kann Brinz[30]) nicht zugegeben werden.

---

[27]) l. 1 § 24 D. de exerc. act. 14, 1: „Si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest“; l. 21 § 4 D. de exc. rei iud. 44, 2; über den Widerspruch dieser Stelle mit l. 84 D. de sol. 46, 3 vgl. Mandry, Familiengüterrecht II S. 266; Brinz II S. 209 N. 28 und Affolter I S. 202.

[28]) Unten Cap. IV.

[29]) l. 14 D. de O et A 44,7; vgl. mit l. 2 § 1 D. de nox. act. 9, 4. Sell, Noxalklagen S. 42.

[30]) Pand. II S. 215 und S. 347 N. 12. Brinz beruft sich S. 215 N. 50a auf l. 2 § 1 D. de nox. act. 914; m. E. mit Unrecht. Die Erörterungen des Ulpian in l. 2 § 1 cit. beziehen sich nur auf die Haftung des dominus sciens, nicht auf die des dominus qui iussit. Das „quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare“ kann nicht den Sinn haben, dass nach den XII Tafeln die Sklaven im Falle des iussus obligiert worden wären. Denn wenn später Sklaven, welche auf Befehl des Herrn delinquierten, für entschuldigt gelten, so wird dies noch mehr nach den XII Tafeln der Fall gewesen sein. Vgl. l. 7 § 4 de arb. furtim caes. 47, 7 und Gellius XI 18 §§ 23 und 24. Vielmehr hat, wie Karlowa, R. Rechtsgesch. II S. 109 mit Recht hervorhebt,

Brinz nimmt in diesem Falle eine Korrealobligation an, anscheinend seiner Vertretungstheorie zuliebe, wie er denn die Korrealität bei den adjektizischen Klagen überhaupt darauf zurückführt, dass der dominus nur im fremden Namen obligiert wird. Und wenn es richtig ist, dass einerseits Herr und Sklave nebeneinander aus dem Delikt des Sklaven haften, und dass anderseits nach der Klageerhebung gegen den Herrn eine Klage

der Gang der Entwickelung gerade zu einer erweiterten Haftung des Sklaven geführt. Vgl. l. 21 § 1 D. de act. rer. amot. 25, 2 und l. 157 D. de R. J.; Sell, Noxalklagen S. 135. Hiernach kann die l. 2 § 1 cit. nur folgenden Inhalt haben: Gegenstand der Erörterung ist die Haftung des Herrn nach der lex Aquilia. Diese hat einen neuen Begriff eingeführt, den der scientia domini, welcher in l. 4 eod. erläutert wird. Der Eigentümer des Sklaven, welcher das verbrecherische Vorhaben des Sklaven kannte, ohne ihn aber an der Ausführung desselben zu hindern, haftet in solidum, einerlei, ob er Eigentümer bleibt oder nicht, und ohne das Recht der noxae datio, als ob er selbst der Thäter wäre. In konsequenter Anwendung dieser Sätze schliesst nun Celsus in dem Falle, wo der Sklave sciente domino delinquiert hat und später veräussert worden ist, die actio noxalis gegen den Erwerber aus „nam servum nihil delinquisse, qui domino iubenti obtemperaverit". Dagegen wendet sich Ulpian: Nur das Mass der Haftung ist nach der lex Aquilia im Falle der scientia das gleiche, wie im Falle des iussus (ipse enim videtur occidisse). Aber die scientia domini bewirkt nicht, dass der Sklave entschuldigt wird, weil dieser seinen freien Willensentschluss ausgeführt hat. Daher muss unterschieden werden, sofern es sich um die Verpflichtung des Sklaven handelt, ob er sciente oder iubente domino gehandelt hat. Nur im letzteren Falle ist der Sklave entschuldigt und kann nicht dediert werden, weil nicht er, sondern der Herr als Thäter gilt: aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere. l. 3 D. eod. Im ersteren Falle dagegen ist der Sklave nicht excusatus und daher der noxae deditio ausgesetzt. Dies war, fährt Ulpian fort, schon nach den XII Tafeln so, wie Celsus schreibt; der dominus sciens haftet nicht als Selbstthäter, auctor, sondern servi nomine. Nach der lex Aquilia soll dagegen der conscius als Thäter behandelt werden, und daraus zieht Celsus die oben erwähnte Schlussfolgerung. Diese Verschiedenheit begründet Celsus mit der verschiedenen ratio legis, insofern diese nach Celsus darin bestand, dass die Sklaven dem Herrn nicht gehorchen sollten, während die lex Aquilia dem Sklaven den Gehorsam verzeihe. Diese Begründung ist anscheinend vollkommen widersinnig, da Celsus selbst davon ausgeht, dass „servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperaverit", und den non prohibens dem ignorans zur Seite stellt, mithin zu dem iubens in Gegensatz bringt, während seine Begründung geradezu das Gegenteil voraussetzt. Nur einigermassen verständlich wird sie dadurch, dass Celsus nach der l. Aquilia dem sciens die noxae datio versagt, also auch die actio cum noxae deditione ausschliesst, bezw. wohl ihre Anstellung als pluspetitio betrachtet, während zweifellos nach den XII Tafeln gegen den sciens die actio noxalis zulässig war. Dieser Gedankengang ist durch den kurzen Bericht des Ulpian undeutlich geworden. Die angegebene ratio des XII-Tafelgesetzes wird vielleicht

gegen den Sklaven dereinst nicht mehr möglich ist,[31]) so hat dies zwar einen besonderen Grund, indem der Delinquent, solange er Sklave ist, aus seinem Delikte zwar kriminell, aber nicht civilrechtlich verantwortlich gemacht werden kann,[32]) aber es kann dieser Grund kein Argument gegen die Korrealität dieser Haftung bilden. Auch der Herr kann, wenn er nicht auctor oder conscius war, nach der Freilassung des Sklaven überhaupt nicht mehr belangt werden, weil noxa caput servi sequitur;[33]) was also in den Quellen als eine der wichtigsten Folgen der Korrealität bezeichnet wird, dass nämlich der Gläubiger unter mehreren Schuldnern wählen kann, trifft hier keineswegs zu, und ebenso wenig die Möglichkeit, die mehrere Schuldner in partes zu belangen. Die

---

so zu verstehen sein, dass der Nachdruck auf das „in hac re“ zu legen und darunter die stillschweigende Duldung und eventuell Aufforderung (scientia) zu verstehen wäre, im Gegensatz zu dem iussus, dessen Nichtbeachtung für den Sklaven von schlimmen Folgen bekleidet ist (periturus si non fecisset). Indessen scheint mir dieser Ausweg nicht unbedenklich zu sein. Julian hat die von Celsus abweichende Meinung, dass der XII-Tafelsatz „si servus furtum faxit noxiamve nocuit etc.“ auch für die späteren Gesetze gelte und dass daher — insofern wird die von Celsus angeführte ratio legis korrigiert — der sciens auch mit der actio noxalis servi nomine belangt werden könne, so dass die lex Aquilia, im Gegensatz zur Meinung des Celsus, nur die Haftung des Eigentümers erschwert, nicht die des Sklaven erleichtert. Daher kann er von dem dominus conscius dediert werden, wenn der Verletzte damit einverstanden ist; die Klage gegen den dominus iubens aber kann nur in solidum gerichtet werden; die actio noxalis würde gegen ihn keine minus petitio bedeuten, sondern eine ganz falsche Klage, da der Sklave in diesem Fall, ausgenommen die sog. atrocia facinora — vgl. l. 169 D. de R. J.; l. 37 D. ad leg. Aqu. 9, 2; l. 167 § 1 D. de R. J.; l. 1 § 12 D. de vi 43, 16; Sell, Noxalklagen S. 137 N. 2 — überhaupt nicht obligiert ist. Darin besteht der Unterschied der Klage gegen den sciens und den iubens: Die gegen den ersteren ist immer servi nomine und noxalis ihrem Grunde nach, auch wenn sie nach dem Gegenstande „in solidum“ geht. Dagegen ist die Klage gegen den iubens eine gewöhnliche Deliktsklage; der iubens ist Thäter, der servus gar nicht obligiert, und infolgedessen ist von Solidarität in diesem Fall keine Rede. — Vgl. auch l. 4 §§ 2 und 3 D. eod. und über die l. 2 § 1 noch: Sell S. 133; Huschke, Analecta litt. p. 113; Unterholzner, Forderungsrechte I § 208 N. c. 2; Ascoli S. 36, 38.

[31]) Brinz II S. 216 N. 60; Karlowa II S. 108 zu N. 6. Von einer Klage gegen den Sklaven ist zur Zeit seiner Sklaverei keine Rede. Aus der Obligation des Sklaven ergibt sich vielmehr unmittelbar die Klage gegen den Herrn. Vgl. § 5 J. de nox. act. 4, 8.

[32]) Karlowa II S. 106 über die obligatio servi; Sell, Noxalklagen S. 23 ff., woselbst in Note 1 die Litteratur; S. 26—54.

[33]) Gai IV 77.

Haftung des Herrn ist also zweifellos besonderer Art: sie ist nicht nur Haftung neben dem Sklaven, sondern auch für den Sklaven; wenn der Herr auch als Deliktsschuldner behandelt wird, so ist er doch nicht Delinquent, sondern defensor des Delinquenten.[34]) Aber damit scheint mir die Ansicht von Brinz noch nicht widerlegt zu sein. Denn wenn auch, wie Karlowa ausführt,[35]) bei den Noxalklagen nur gegen den Gewalthaber servi nomine eine actio möglich ist [welche sich zugleich mittelbar gegen den servus richtet], so haben wir ja auch bei der Korrealität die Möglichkeit, dass nur einer von mehreren Schuldnern verklagt werden kann, wenn nämlich die Schuld des anderen noch nicht fällig ist. Immerhin besteht eine doppelte Eigentümlichkeit unseres Falles: das Klagbarwerden der Sklavenobligation geht mit dem Untergang der Noxalobligation Hand in Hand; und der Herr wird nicht suo nomine, sondern servi nomine belangt. Aber dieses letztere Moment scheint uns nichts anderes, als den Entstehungsgrund der Noxalobligation angeben zu sollen; und ebenso ist für uns das erstere Moment belanglos, weil die Noxalobligation nicht deshalb untergeht, weil die Sklavenobligation klagbar wird, sondern weil der Herr die dominica potestas verliert; beide Erscheinungen sind Folgen der nämlichen Ursache, stehen also nicht selbst zu einander in einem Kausalverhältnis. Wird der Sklave frei, so entfällt der Grund der Klaglosigkeit der Sklavenobligation ebensogut, wie der Grund der Noxalobligation überhaupt.[36]) Anderseits zeigt sich die Solidarität der beiden Obligationen dann, wenn der dominus conscius war: alsdann haftet der Herr neben dem Freigelassenen fort, und es ist die Klage aus dem Sklavendelikt gegen beide Schuldner begründet.[37])

---

[34]) Vgl. die Stellen bei Sell a. a. O. S. 46 N. 2.

[35]) S. 208.

[36]) Eine ähnliche Gestalt kann auch die Obligation zweier rei promittendi annehmen. Der eine reus wird pure, der andere in diem obligiert; hierauf schliesst der Gläubiger mit dem pure Obligierten ein pactum de non petendo intra tempus ab, dessen Endtermin genau mit dem Ende der Haftung des in diem Obligierten zusammenfällt. Für die Dauer des pactums kann nur der in diem Obligierte belangt werden; nach Ablauf der Frist nur der pure obligatus; trotzdem wird man nicht daran zweifeln, dass duo rei promittendi vorhanden sind. Dass in einem Fall die Abweisung der Klage gegen den Paciscenten durch die exceptio pacti erzielt wird, im anderen Falle die gegen den servus durch Denegatio erfolgt, wird die Vergleichbarkeit der beiden Fälle nicht ausschliessen.

[37]) l. 5 § 1 D. de nox. act. 9, 4. — Wenn auch die Quellen in der Regel

Wenn ich aus diesen Gründen auch den Einwand Karlowas gegen die von Brinz vertretene Ansicht, dass der Noxalschuldner correus des Thäters sei, nicht für berechtigt ansehen kann, so muss doch m. E. das eingeräumt werden, dass hier, wie bei allen anderen accessorischen und adjektizischen Obligationen, die Römer nicht daran gedacht haben, dass die beiden Schuldner „duo rei eiusdem pecuniae“ seien, und man wird daher im einzelnen Falle zu prüfen haben, ob sich die für paritätische Korrealschuldner feststehenden Rechtssätze auch auf diese anderen Fälle anwenden lassen.[38])

Nur das eine mag einstweilen bemerkt werden, dass die Quellen auf die Frage, ob in diesem Falle die Litiskontestation mit dem einen Schuldner den anderen befreit, keine Antwort geben. Sie dürfte jedoch nach Analogie der actio exercitoria und des bei der idealen Deliktskonkurrenz geltenden Grundsatzes[39]) zu bejahen sein. —

---

den Ausdruck „actio noxalis“ nur dann anwenden, wenn die Klage cum noxae deditione in Frage steht — vgl. l. 4 § 2; l. 5 pr. eod., wo das „noxale iudicium in Gegensatz gestellt wird zu der actio sine noxae deditione, ferner l. 4 § 3; l. 2 pr.; l. 2 § 1 eod., wo die actio noxalis servi nomine der actio in solidum gegenübergestellt wird — so ist damit doch nicht gesagt, dass durch sein „non prohibere“ der dominus das Delikt des Sklaven zu seinem eigenen macht. Das „ipse videtur dominus occidisse“ bezieht sich vielmehr nur auf das Mass der Haftung (s. oben S. 125). Es ist denn auch von einer Fiktion der Thäterschaft in der Formel der actio noxalis keine Rede. Man kann daher auch die Klage gegen den conscius nur als Quasideliktsklage bezeichnen, und wenn sie auch nicht auf damnum decidere a u t n o x a e d a r e geht, ist sie doch noxal in dem Sinne, dass die noxa des Sklaven der Grund der Klage ist. Vgl. die l. 1 pr. eod. tit., welche die Noxalklage ausdrücklich als „actio ex noxa et maleficio servorum“ definiert und die l. 3 eod., nach welcher „in omnibus n o x a l i b u s actionibus, ubicumque s c i e n t i a exigitur domini, sic accipienda est, si cum prohibere posset, non prohibuit“. Auch die l. 11 § 3 D. de aqua et aqu. pluv. 39, 3 bezeichnet mit dem Ausdruck „servi nomine“ und „noxali iudicio“ die beiden Fälle. Zieht man ferner in Betracht, dass die Klage „cum noxae deditione“ oder „sine noxa“ angestellt werden konnte — l. 2 § 1; l. 4 §§ 2 und 3 — so ergibt sich, dass die Formel in beiden Fällen die nämliche gewesen sein muss, und gerade so, wie, wenn der dominus die noxae datio ablehnt „quia non in potestate sua sit“, — l. 29 D. eod. — die Formel ohne den Zusatz „aut noxae dedere“ in Intentio und Kondemnation erteilt wurde. Vgl. Sell S. 148 N. 2 u. A.; Baron S. 274 N. 2 a. E.; Lenel edictum perp. S. 126.

[38]) Was nach den Ergebnissen des III. Kapitels unbedenklich wird bejaht werden können.

[39]) Vgl. l. 34 pr. D. de O. et A. 44, 7; l. 53 pr. eod.; Merkel, Konkurs der Aktionen S. 9; Affolter I S. 205; Eisele Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 79 S. 334 f.

Wir haben oben den Fall mehrerer Eigentümer eines delinquierenden Sklaven der Betrachtung der unteilbaren Obligationen mit gutem Grunde angereiht, weil nämlich einerseits dieser Fall zu der paritätischen Solidarität zu rechnen ist und anderseits gar nicht ausgeschlossen ist, dass die Römer die Noxalobligation in der That als unteilbare Obligation betrachtet haben.[40]) Dies lässt sich nicht annehmen bei den anderen adjektizischen Obligationen, sofern der Gewalthaber oder Geschäftsherren mehrere sind.

Indessen soll dieser Fall, trotzdem die mehreren Gewalthaber unter einander paritätisch haften, des Zusammenhangs halber hier betrachtet werden. Dass sie solidarisch haften, steht nach den Quellen ausser Zweifel,[41]) und ist auch meines Wissens nie bestritten worden. Aber dieses solidum ist auch hier unter Umständen nicht absolut zu nehmen, insofern die verschiedene Grösse der mehreren Pekulien oder das verschiedene Mass, in welchem versio in rem stattgefunden hat, zu verschiedener Haftung der einzelnen dem Betrage nach führen kann.[42])

Zweifellos ist auch, dass in einigen der hier einschlagenden Fälle die Litiskontestation gegen den einen Gewalthaber die anderen befreit,[43]) und wir sehen darin eine Konsequenz des identischen Forderungsgegenstandes. Wenn auch in anderen

---

[40]) Aus dem Gesichtspunkt der unteilbaren Obligation erklärt sich die l. 8 D. de nox. act. 9, 4. Dass vor dem Prozess der Miteigentümer durch Abtretung seines Miteigentums an den Verletzten sich von der Klage befreien kann, hat nichts Auffallendes, da im Falle der l. 8 nur domini ignorantes in Frage sind — arg. „nisi in solidum noxae dederit servum“ — und solche nach dem Satze „noxa caput sequitur“ natürlich auch durch Dereliktion ihres Miteigentums frei werden. Aber der Verletzte wird zur Annahme der Eigentumsquote nicht gezwungen werden können. Anders im Fall der Klagerhebung: die Verpflichtung geht auf noxiam sarcire a u t noxae dare. Da dies eine alternative Leistung ist, wird der eine Schuldner nicht durch teilweise Erfüllung der einen Alternative befreit. Vgl. l. 34 § 1 D. de sol. 46, 3; Pescatore, die sog. alternative Obligation S. 159, 160. Ob indessen die Römer die Solidarhaftung der Noxalschuldner bewusst auf den Gesichtspunkt der Unteilbarkeit zurückgeführt haben, ist eine andere Frage; möglich ist auch, dass sie die Analogie der Deliktsobligationen vor Augen hatten. Indessen scheint Ulpian in l. 8 doch von diesem Gesichtspunkt ausgegangen zu sein. —

[41]) l. 27 § 8 D. de pec. 15, 1; l. 1 § ult. — l. 4 D. de exerc. act. 14, 1; l. 13 § 2; l. 14 D. de inst. act. 14, 3; l. 5 § 1 D. quod iussu 15, 4; Brinz II S. 209 N. 29.

[42]) Brinz II S. 209 Z. 3.

[43]) l. 52 pr. § 1 D. de pec. 15, 1; vgl. mit l. 30 § 5 eod.; l. 37 § 3, l. 47 § 3 eod.; l. 30; l. 32 pr.; l. 27 § 8 eod.

Fällen diese Befreiung nicht ausdrücklich anerkannt ist,[44]) so ist doch jedenfalls bei der sonstigen Gleichartigkeit der Fälle ein Schluss von jenen auf diese statthaft und dies umsomehr, als die Quellen die tilgende Wirkung der Litiskontestation sonst gerne ausdrücklich ausschliessen, was hier nicht der Fall ist. Es sind also auch die Merkmale der Korrealität gegeben, was freilich für unsere Auffassung ohne Belang ist.[45])

Wie sich die Wirkungen der einzelnen Rechtsakte bei den actiones adiecticiae qualitatis mit denen bei paritätischen Hauptobligationen decken, so deckt sich auch der Begriff dieser Mitschuldnerschaft mit der Schuldgemeinschaft mehrerer rei promittendi. Wie bei diesen, haben wir es bei den adjektizischen Obligationen, unter einander und in ihrem Verhältnis zur Hauptobligation, mit mehreren Obligationen zu thun, denen der Leistungsgegenstand identisch ist und bei denen überdies die Leistung selbst insofern identisch ist, als es belanglos ist, wer sie vornimmt. Der einzige Unterschied zwischen den in diesem § behandelten Fällen und den paritätischen Hauptobligationen, welche wir in § 4 besprochen haben, besteht demnach darin, dass der adjektizische Schuldner kein Hauptschuldner ist; dass sich aber daraus praktische Konsequenzen von grösserer Tragweite ergeben, müsste erst nachgewiesen werden.

§ 6.

III. Accessorische Solidarobligationen.

Wenn wir bei den Fällen, welche wir im vorigen § behandelt haben, von einer accessorischen Natur der adjektizischen

---

[44]) l. 1 § 25 — l. 3; l. 4 pr. — § 2; l. 6 § 1 D. de exerct. act. 14, 1; l. 13 § 2 D. de inst. act. 14, 3; l. 14 eod.; l. 5 § 1 quod iussu 15, 4.

[45]) Dass im Falle mehrerer Erben des einen Solidarschuldners Quotenteilung eintritt, ist keine Ausnahme von der Solidarhaftung (Mandry S. 273; l. 7 D. quod cum eo 14, 5 und l. 14 D. de inst. act. 14, 3). — Ebenso liegt keine Ausnahme vor, wenn die mehreren Geschäftsherren in keinem Sozietäts- oder Gemeinschaftsverhältnis stehen. — Ob Korrealität vorliegt, ist in den genannten Fällen gleichfalls bestritten. Savigny, Obligationenrecht I S. 213, der diese Frage nur im Vorbeigehen berührt, muss natürlich von seinem im Eingang dieses § erwähnten Standpunkt aus zur Verneinung der Frage gelangen. Verneinend auch Baron S. 268 f.; bejahend Samhaber S. 176; Bekker, Akt. II S. 346 f.; Mandry, Familiengüterrecht II S. 270 lit. c.; Brinz, Pand. II S. 210 zu N. 31 und wohl auch Windscheid II § 297 Z. 4.

Obligation gesprochen haben, so war dies zunächst insofern berechtigt, als diese Obligation zu einer anderen hinzutritt und ihrem Inhalt nach eine Haftung für fremde Schuld, ein Einstehenmüssen für fremde Handlung bedeutet. Es ist diese Bezeichnung aber auch insofern berechtigt, als die adjektizische Obligation in einem Abhängigkeitsverhältnis zu der Hauptobligation besteht, so dass sich der Inhalt der ersteren nach dem der letzteren bestimmt, und ihre Existenz das Bestehen der Hauptobligation zur notwendigen Voraussetzung hat.[1] Wenn wir trotzdem diese Fälle von den nunmehr zu behandelnden losgelöst haben, so geschah dies deshalb, weil sie eine geschlossene Gruppe von Obligationen bilden, deren Eigentümlichkeit darin besteht, dass die causa der Nebenobligation mit der der Hauptobligation absolut identisch ist in der Weise, dass mit der Hauptobligation notwendig auch die Nebenobligation zur Entstehung kommt. Die Annahme der Identität des Gegenstandes ist daher in diesen Fällen eine besonders naheliegende, und, wenn auch darüber lebhafter Streit herrscht, so ist doch infolgedessen die solidarische oder korreale Natur dieser Verbindlichkeiten nicht wohl von der Hand zu weisen. Schwieriger liegt die Sache in den Fällen, welche wir nunmehr zu besprechen haben, insofern die Nebenobligation auf einem selbständigen Verpflichtungsgrunde, einem besonderen factum beruht und sich hier mit mehr Grund, als in den erstgenannten, bezweifeln lässt, ob bei ihnen die Identität des Gegenstandes, welche nach dem oben Gesagten das begriffsbildende Merkmal der Solidarität bildet, vorhanden ist.

I. Den fideiussor hat man ehedem unbedenklich als Korreal- und infolgedessen auch als Solidarschuldner neben dem Hauptschuldner betrachtet,[2] und infolgedessen auch nicht gezögert, die für die fideiussio geltenden Rechtssätze auf die Korrealobligationen schlechthin anzuwenden.[3] Der Grund dieser Anschauung lag darin, dass die Quellen die Bürgschaft und den Fall der duo rei promittendi in Bezug auf die Wirkung der Litiskontestation vollkommen gleich behandeln.[4]

[1] Vgl. Czyhlarz S. 103 f.; Helmolt S. 94.

[2] Keller, Litiskontestation und Urteil § 52, namentlich S. 450; Ribbentrop S. 88, S. 106 f.; Savigny, Oblig. I S. 147; (zweifelnd) Fitting S. 13, S. 73; Kuntze, Obligation und Singularsuccession § 56 S. 238; Samhaber S. 170 f.; Girtanner, Bürgschaft S. 480; Rückert Lindes Zeitschrift N. F. XII S. 17, S. 52; Windscheid II § 297 N. 3.

[3] Namentlich in Bezug auf die exceptio rei iudicatae.

[4] Cicero ad Atticum XVI, 15, 2; Pauli R. S. II 17 § 16; l. 7 D. de fideiuss.

Freilich muss es geradezu verwundern, dass die Anhänger der Einheitstheorie die beiden Verhältnisse zusammenwerfen konnten, da doch die Obligation des fideiussor möglicherweise juristisch ganz anders gestaltet ist, als die Hauptobligation, insofern die erstere immer Verbal- und Formalobligation ist, während die letztere irgend einem der vorhandenen Obligationstypen angehören kann; man hat dies auch, die Korrealität der Bürgschafts- und Hauptobligation voraussetzend, als gewichtiges Argument der Einheitstheorie entgegengehalten. [5])

Erst in neuerer Zeit hat man die Frage eingehender behandelt, ob die fideiussio mit Recht als der Hauptobligation korreal bezeichnet wird, und mehrfach die Frage verneint. [6])

In der That stellen auch die Quellen die fideiussio oft genug der Korrealität als Gegensatz gegenüber [7]) und es gelten für die beiden Institute auch teilweise ganz verschiedene Rechtssätze. Während der correus für die mora seines Mitschuldners nicht einzustehen braucht, [8]) haftet der Bürge für die mora des Hauptschuldners; [9]) während bei der Korrealobligation der eine Schuldner pure, der andere sub condicione verpflichtet sein kann, [10]) kann der Bürge sich nicht unbedingt verpflichten, wenn der Hauptschuldner nur bedingt verpflichtet ist; [11]) wenn der Gläubiger den einen Korrealschuldner beerbt, bleibt ihm der andere verpflichtet, [12]) während bei der fideiussio die Beerbung des Hauptschuldners durch den Gläubiger mit der Hauptschuld auch die

---

tutor. 27, 7; l. 1 D. ratam rem hab. 46, 8; l. 21 § 4 D. de exc. rei iud. 44, 2; l. 23 C. de fideiuss. 8, 40.

[5]) Fitting S. 72.

[6]) Gegen die Korrealität: Liebe, Stipulation S. 223 ff.; Huschke Lindes Zeitschr. N. F. IV S. 416; Helmolt S. 37, 38, 97; Unterholzner, Schuldverhältn. II S. 813 N. a; Karlowa, R. Rechtsgesch. II S. 728; Czyhlarz S. 102; Arndts Pand. § 350 Anm. 4; Dernburg, Pand. II § 76 Z. 4; Binder, Die subjekt. Grenzen der Rechtskraft S. 56 N. 61; Geib, Bürgschaftsrecht S. 9 f., Fritz Lindes Zeitschrift N. F. Bd. XVIII S. 381 f.; Baron S. 262 f.; Brinz II S. 182 f. —

[7]) l. 6 § 3 D. h. t. 45, 2; l. 5 D. de fideiuss. 46, 1; l. 9 § 1 D. h. t. 45, 2 u. a.

[8]) l. 32 § 4 D. de usur. 22, 1; l. 173 § 2 D. de R. J. 50, 17.

[9]) l. 24 § 1 D. de usur. 22, 1; l. 59 pr. D. locati 19, 2; l. 10 D. rem pupilli 46, 6; l. 3 § 1 D. de admin. rer. 50, 8; l. 5 C. de pactis int. empt. 4, 54; l. 58 § 1 D. de fid. 46, 1; ll. 49 pr., 88, 91 §§ 4, 5 D. de V. O. 45, 1.

[10]) § 2 J. h. t. 3, 16; l. 7 D. h. t. 45, 2.

[11]) l. 8 §§ 6 u. 7 D. de fid. 46, 1.

[12]) l. 71 pr. D. de fid. 46, 1.

Nebenschuld untergehen lässt. [13]) Wenn anderseits der eine correus den anderen beerbt, so haftet der Erbe aus seiner und seines Erblassers Schuld; [14]) beerbt dagegen der Bürge den Hauptschuldner oder umgekehrt, so geht die Bürgschaftsschuld unter. [15])

Einen weiteren Unterschied erblickt man darin, dass der Bürge für die culpa des Hauptschuldners nicht haftet, [16]) während die gegenseitige Kulpahaftung der Korrei in den Quellen angeblich bezeugt ist. [17]) Indessen scheint uns dies Zeugnis problematisch und der ganze Unterschied hiernach zweifelhaft, wovon wir unten bei Besprechung der l. 18 h. t. handeln werden. [18])

Was aber die anderen angeführten Verschiedenheiten betrifft, so glauben wir im Gegensatz zu Karlowa behaupten zu müssen, dass ihnen keine unbedingte Beweiskraft zukommt. Wenn der correus für die mora seines Mitschuldners an sich nicht haftet, so schliesst dies nicht aus, dass diese Haftung durch ein weiteres, zu der Korrealität hinzutretendes Moment, nämlich die accessorische Natur seiner Haftung begründet wird; und dass es nichts weiter ist, was die Haftung des fideiussor für die mora des reus begründet, ergibt sich daraus, dass der reus nicht auch für die mora des Bürgen haftet. Wenn ferner die Korrealität, also der weitere Begriff, nicht hindert, dass das der eine Korreus bedingt, der andere unbedingt haftet, so schliesst das nicht aus, dass im Falle der engeren, accessorischen Korrealität diese Möglichkeit eben durch die accessorische Natur dieser Korrealität beschränkt wird. Wenn bei Beerbung des einen Korreus durch den Gläubiger der andere Korreus forthaftet, so ist es vielleicht nur eine Anwendung dieses Prinzips, dass, wenn der Bürge durch den Gläubiger beerbt wird, auch der reus forthaftet, hingegen eine Konsequenz der accessorischen Natur der fideiussio, dass diese Regel bei der Beerbung des Hauptschuldners durch den Gläubiger keine Anwendung findet, vielmehr der Bürge befreit wird. Ebenso kann im Fall der Beerbung des Bürgen durch den Hauptschuldner der Untergang der Bürgschaftsobligation auf dieses zu der Korrealität

---

[13]) l. 21 § 3 D. eod.

[14]) l. 93 pr. § 1 D. de sol. 46, 3.

[15]) l. 5; l. 14 D. de fid. 46, 1; l. 13 D. h. t. 45, 2.

[16]) l. 19 D. de dolo malo 4, 3; l. 88 D. de V. O.; l. 95 § 1 D. de solut. 46, 3 u. a.

[17]) l. 18 D. h. t. 45, 2. Bekker, Prosessuale Consumption S. 203f.; Affolter, Institutionensystem S. 198; Karlowa, R. Rechtsgesch. II S. 728.

[18]) Kap. III § 17.

hinzutretende besondere Moment, das Fortbestehen der Hauptschuld dagegen auf die Korrealität selbst zurückgeführt werden. Geradeso, wie bei gewissen Obligationen auf die nämliche Leistung die Litiskontestation mit dem einen Schuldner den anderen unberührt lässt, während sie ihn in gewissen anderen Fällen befreit: niemand wird deshalb die Behauptung aufstellen wollen, dass wegen dieser Verschiedenheit die eine oder die andere Gruppe aus den Solidarobligationen auszuscheiden seien.

Nicht mehr Gewicht kann ich dem anderen Argument beilegen, dass nämlich die Quellen die fideiussio nirgends als Korrealschuld bezeichnen.[19]) Weder den Ausdruck „Korrealobligation“ kennen die Römer, noch haben sie den Begriff der Korrealität in unserem Sinne überhaupt konstruiert. Mit dem Ausdruck „duo rei promittendi“, „duo rei eiusdem pecuniae“, „correi“ [20]) bezeichnen sie nur die paritätischen Solidarobligationen; vielleicht — wir müssen dies einstweilen dahingestellt lassen — nur eine spezielle Gruppe derselben; aber folgt daraus, dass diese paritätischen Obligationen nicht mit den adjektizischen und accessorischen zu dem höheren, allgemeinen Begriff der Solidarität verbunden werden kann? Bejaht man dies aber — und man wird nicht umhin können, es zu thun — so ist es eine bloss terminologische Frage, ob man die Bezeichnung „Korrealität“ auf die paritätische Solidarität beschränken will; für die Beschränkung würde der Sprachgebrauch der Quellen sprechen; gegen sie, und m. E. entscheidend, spricht der Umstand, dass für uns der Fall, der dem Institut den Namen gegeben hat, die Stipulationskorrealität, gar nicht mehr existiert, und anderseits die Theorie Gefahr läuft, einer bloss terminologischen Unterscheidung eine sachliche Verschiedenheit zu unterschieben. Indessen ist diese Frage von untergeordneter Bedeutung, und wir werden daher auch im folgenden die Ausdrücke „Korrealität“ und „Solidarität“ in der Weise gebrauchen, dass wir mit der herrschenden Lehre unter der ersteren nur die Solidarobligationen begreifen, bei welcher die gesamtbefreiende Wirkung der Litiskontestation eintritt.[21])

Anderseits weist der Umstand, dass diese Gesamtwirkung

[19]) Dernburg II S. 207 f. Z. 4.

[20]) l. 3 § 3 D. de lib. leg. 34, 3.

[21]) Welche Fälle das sind, werden wir allerdings erst im IV. Kapitel entwickeln können. Jedenfalls ist unsere Terminologie dogmengeschichtlich gerechtfertigt.

auch bei der fideiussio und der Hauptobligation eintritt, darauf hin, dass in der That eine Verwandtschaft zwischen den accessorischen und den paritätischen Obligationen besteht, m. a. W. dass es eine paritätische und eine accessorische Solidarität oder Korrealität gibt, da sich vielleicht die Befreiung des Bürgen durch die Litiskontestation des Hauptschuldners, nicht aber umgekehrt die Befreiung des letzteren durch die Litiskontestation des Bürgen aus der accessorischen Natur der Bürgschaftsobligation erklären liesse.[22])

Überzeugend hat Geib ausgeführt, dass die Gesamtwirkung der Litiskontestation bei der fideiussio auf dem Gedanken beruht, dass die Obligation des Hauptschuldners für den Prozess gegen den Bürgen geradezu Klaggrund sei und dass insofern die Klage gegen den Hauptschuldner und die Klage gegen den Bürgen actiones de eadem re seien; man wird zugeben müssen, dass sich hieraus auch die Befreiung des Bürgen durch die Litiskontestation mit dem Hauptschuldner hinreichend erklärt.

Nicht dagegen wird man Geib zustimmen können, wenn er ausführt,[23]) dass, obwohl diese Wirkung der Litiskontestation bei der fideiussio gerade so wie bei den paritätischen Korrealobligationen nur aus der Identifikation der mehreren Obligationen begriffen werden kann, doch der Weg, auf welchem die Jurisprudenz zu dieser Identifikation der Bürgschafts- und der Hauptschuld gelangte, wohl ein anderer gewesen sei, als bei den Obligationen der duo rei promittendi.

Anscheinend ist für Geib die Identifizierung der Bürgschaftsobligation mit der Hauptschuld etwas weniger Künstliches, als die Gleichsetzung zweier paritätischer Obligationen. In beiden Fällen handelt es sich für ihn darum, die Identifikation trotz der Mehrheit der Subjekte durchzuführen; dies geschieht bei den duo rei promittendi durch „die Gleichheit der causae und die ursprüngliche Einheit des Verpflichtungsaktes“, bei der fideiussio dadurch, dass der Bürge „nicht ebenso, wie der Hauptschuldner reus, sondern rei loco ist“.[24]) Unseres Erachtens ist dieser Unter-

[22]) Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts S. 11. — Die Frage, ob die Litiskontestation eine Naturalobligation bestehen lässt, ist bekanntlich bestritten. Dafür: Bekker, Konsumption § 23 S. 284—292; Kuntze, Obl. und Singularsuccession S. 184 N. 10. Bejaht man die Frage, dann verliert die Annahme, dass die Befreiung des Bürgen auf der accessorischen Natur der Bürgschaft beruht, vollends jede Stütze, da für die Erhaltung der Bürgschaftsobligation eine naturalis obligatio ausreicht. Vgl. Geib S. 12 oben.

[23]) S. 12 zu Note 4.

[24]) Wie denn auch der fideiussor im Verhältnis zum Afterbürgen gerade-

schied vollkommen belanglos. Es bildet nichts anderes, als eine Umschreibung der Gegensätze „paritätische" und „accessorische" Obligation; eine Mehrheit von Schuldnern ist da, folglich eine Mehrheit von Obligationen, folglich eine Mehrheit von Gegenständen dieser Obligationen; werden diese Gegenstände identifiziert, so kann das in beiden Fällen nur auf dem nämlichen Wege geschehen: durch den Zweck, dem sie dienen, und welcher trotz der Mehrheit der Schuldner der nämliche ist. Für dieses Moment kommt es nicht darauf an, dass im einen Falle der Schuldner reus, im anderen nur rei loco ist; in beiden Fällen wird die Identifizierung auf verschiedene Weise erreicht: hier auf dem der accessorischen, dort der paritätischen Haftung; aber sie wird erreicht, und aus ihr allein ist die fragliche Wirkung der Litiskontestation zu erklären. Ja schon im Ausgangspunkt glaube ich von Geib abweichen zu müssen: die Identifizierung ist bei der paritätischen Korrealität natürlicher als bei der accessorischen, weil die Identifizierung im ersteren Falle gegenseitig, im letzteren nur einseitig, durch die Erklärung des fideiussor, erfolgt. [25])

Unseres Ermessens ist denn auch der Versuch, zur Solidarität oder Korrealität auf dem Umweg über die Accessorietät zu gelangen, unausführbar. Solidarität und Accessorietät sind Begriffe, die sich möglicherweise in einem Rechtsinstitute vereinigen, aber in Wirklichkeit mit einander nichts zu thun haben und namentlich nicht in irgend einem Kausalverhältnis zu einander stehen. Wie es Solidarobligationen gibt, welche nicht accessorisch sind, so gibt es accessorische Obligationen, welche nicht solidarisch sind. So gelangt denn auch Geib, statt zur Identität (= Solidarität), immer wieder nur zur Accessorietät, insbesondere, wenn er ausführt, dass, trotzdem ein eigenes dare facere oportere gegen den fideiussor intendiert wird, doch materiell der fideiussor wegen der Hauptschuld belangt werde. [26])

Wenn wir daher in diesen Ausführungen Geibs kein Argument gegen die Einreihung des Bürgschaftsverhältnisses unter die Korrealobligationen erblicken können, sondern nur ein — überdies selbstverständliches — Argument gegen die Einreihung unter die duo rei promittendi, die paritätischen Korreal-

---

zu zum reus gemacht wird. Vgl. l. 27 § 4 D. de fideiuss. 46, 1; Helmolt S. 127.

[25]) Oben S. 27 f.

[26]) S. 13.

obligationen, so fragt es sich,[27]) ob für den Korrealitätsbegriff die Parität, d. h. die gegenseitige Unabhängigkeit der Forderungen, überhaupt wesentlich ist.

Als Vorbereitung seiner bejahenden Antwort führt Geib[28]) in eingehender Darstellung aus, dass das Verhältnis zwischen dem fideiussor und dem reus ein ganz anders geartetes sei als das der duo rei: Wenn gesagt wird, dass der Bürge „eadem obligatione teneatur", wie der Hauptschuldner,[29]) so hat dies nach Geib einen ganz anderen Sinn als bei den duo rei promittendi; die Bürgschaftsobligation ist im klassischen Recht nicht als selbständige Obligation aufgefasst worden; nicht als selbständige Leistungs- noch als Schadenersatzverbindlichkeit. Das „idem", welches der Bürge schuldet, ist allerdings das, was der Hauptschuldner schuldet; aber es ist nicht der Gegenstand der gemeinschaftlich kontrahierten Obligation, wie bei den Korrealobligationen.[30]) Solches idem kann vom Bürgen gar nicht selbständig geschuldet werden.[31])

Wir haben dagegen zunächst einzuwenden, dass uns die Quellen, auf welche sich Geib beruft, diese Ausführungen nicht zu beweisen scheinen. Es ist nicht richtig, dass der fideiussor in einem anderen Sinn „eadem obligatione tenetur" als der Hauptschuldner. Er haftet nur in anderer Weise, als der reus promittendi, nämlich accessorisch, aber er haftet ebenso, wie dieser, für das nämliche „idem". Geib sagt: bei der fideiussio wird gar nicht das Nämliche versprochen, sondern nur für das Nämliche Garantie geleistet. Das ist freilich Geib[32]) und Karlowa[33]) zuzugeben, dass das „idem fide tua esse iubes" heisst: Nimmst du dies auf deine Gefahr? — Aber mit der Bejahung dieser Stipulation ist doch nicht von vornherein eine Verpflichtung gegeben, sondern nur dann, wenn in dem „idem esse iubeo" zugleich die Erklärung enthalten ist: ich hafte auch dafür.[34]) Dass dies eine Garantie-

---

[27]) Wie auch Geib S. 36 richtig erkennt.

[28]) S. 37.

[29]) l. 1 § 8 D. de O. et A. 44, 7.

[30]) Geib S. 45.

[31]) S. 46.

[32]) S. 38.

[33]) R. Rechtsgesch. II S. 732. Vgl. Affolter, Institutionensystem I S. 197.

[34]) Es ist für uns belanglos, ob in den „fideiubeo" ein iussus im technischen Sinne enthalten ist. Vgl. darüber Geib S. 39f. gegen Pernice, Labeo I S. 504f., 511ff.; Mandry, Familiengüterrecht II S. 566f., 578. Aber das

promission ist, ist für den Gegenstand der Obligation gleichgültig; eine Garantiefunktion hat auch die paritätische Korrealobligation, und wenn die Quellen den reus promittendi suo nomine, den fideiussor alieno nomine haften lassen, so hat dies nicht die Bedeutung, als ob der fideiussor kein „eigentlicher“ Schuldner. etwa ein Schuldner ohne Schuldgrund sei — sondern es ist damit nur die accessorische Haftung bezeichnet: fällt das nomen alienum weg, so geht auch seine Haftung unter. Causa seiner Obligation ist sein Garantieversprechen; in diesem Sinne ist auch der Bürge suo nomine obligiert, wie er auch suo nomine die Obligation lösen kann.[35])

Mit anderen Worten: Schuldner ist der fideiussor eben so wie der Hauptschuldner;[35a]) nur ist er accessorischer Schuldner. Freilich will Geib das nicht gelten lassen: im klassischen Recht soll die fideiussio nicht als selbständige Obligation aufgefasst worden sein.[36]) Aber das kann nicht zugegeben werden, sofern nicht „selbständig“ soviel als „paritätisch“ besagen soll;[37]) Geib hat für diese Auffassung keinen Beweis erbracht; und wenn man behaupten will, dass bei den adpromissiones im allgemeinen und der fideiussio im besonderen nur ein „actione teneri“, aber keine selbständige Leistungspflicht entstand,[38]) so genügt die Erwiderung, dass um der actio willen ein teneri vorhanden ist. Für einen anderen schuldet der Bürge; also schuldet er.

So bekenne ich denn auch, den von Geib gefundenen inhaltlichen Unterschied zwischen Bürgschaftsschuld und Hauptschuld nicht verstehen zu können. Das „idem“ ist zu verstehen als „das was der Hauptschuldner schuldet, nicht als „der Gegenstand der Obligation, welche nunmehr gemeinschaftlich kontrahiert werden soll“! Ich vermag hier nur einen wirklichen Gegensatz zwischen den Begründungsformen ausgedrückt zu sehen; ob aber daraus ein sachlicher Gegensatz sich ergibt, ist eine ganz andere

---

wird Geib (S. 40) zugeben müssen, dass damit, dass der Bürge nichts mehr und nichts weniger erklärt, als garantieren zu wollen, keine Verpflichtung begründet wird, wenn nicht das Recht diese Erklärung als eine Verpflichtungserklärung auffasst.

[35]) l. 47 D. de cond. ind. 12, 6.

[35a]) l. 4 § 1 D. de fid. 46, 1: fideiussor et ipse obligatur; l. 8 § 12; l. 51 § 1 D. eod.; l. 38 § 5 D. de sol. 46, 3; l. 47 D. de cond. ind. 12, 6: Geib, Bürgschaftsrecht S. 47 N. 3.

[36]) S. 43 Z. 3.

[37]) Was Geib a. a. O. selbst bemerkt.

[38]) Affolter I S. 198.

Frage. Und wenn Geib [39]) zugibt, dass schliesslich der fideiussor dem Gläubiger so haftet, wie wenn er ihm dasselbe dare facere versprochen hätte wie der Hauptschuldner, so scheint uns sein Unterschied zwischen „idem" und „idem" noch hinfälliger geworden zu sein.

In der That räumt Geib auch ein, dass die „eigene Verpflichtung" des fideiussor, wenn sie sich auch nur allmählich entfaltete, insofern der paritätischen Obligation des correus debendi vergleichbar ist, als er verpflichtet ist, nur seine eigene Obligation, nicht die des correus debendi, zu erfüllen. [40]) Und wenn Geib ausführt, [41]) dass sich der Umfang der Verpflichtung des Bürgen nach dem Ort wo er, nicht der reus, zu erfüllen hat, und die Frage nach dem Gerichtsstand und nach der Geltung des objektiven Rechts in zeitlicher Beziehung für die Bürgschaft unabhängig von dem, was für die Hauptschuld gilt, zu beantworten ist, [42]) so beweist das zwar dafür, dass der Bürge Schuldner ist, aber weder für Geibs Meinung, dass er kein Korrealschuldner sei, noch für die meinige, dass er es ist.

Die ganze Beweisführung Geibs beschränkt sich mithin darauf, nachzuweisen, dass der fideiussor kein paritätischer, sondern ein accessorischer Schuldner ist, und damit hat er unsere und die herrschende Meinung in gar keiner Weise widerlegt. Allerdings macht Geib den Versuch, begriffliche Verschiedenheiten zwischen der Korrealschuld und der fideiussio zu konstatieren, aber alle diese fallen auf den Gegensatz zwischen paritätischer und accessorischer Haftung zurück. So insbesondere die Ausführung darüber, dass der Obligationsnexus bei mehreren Korrealschuldnern verschieden sein kann, während dies bei der fideiussio nicht der Fall ist; Geib selbst begründet dies damit, dass „der fideiussor kein selbständiges idem, sondern nur ein accessorisches idem schuldet"; [43]) und ebenso ist damit, dass er, „wenngleich nicht debitoris nomine, so doch pro debitore haftet", [44]) nichts weiter betont, als die accessorische Natur der Bürgschaftshaftung.

---

[39]) § 3 Z. 4 S. 467.

[40]) S. 53, 54.

[41]) Z. 7 S. 54.

[42]) Gaius 3, 120; l. 2 § 6 D. de eo quod certo loco 13, 4; l. 73 pr. D. V. O.; l. 49 § 2; l. 61 D. de fid. 46, 1.

[43]) S. 55.

[44]) S. 56.

Geib verweist noch auf die Verschiedenheit der causa der Hauptschuld einerseits und der fideiussoria obligatio anderseits.[45]) Und damit kommen wir anscheinend über die blosse Variierung des Themas „accessorische-paritätische Haftung“ hinaus. Die bisherigen Gegensätze waren nur Gegensätze zwischen dem Institut der duo rei promittendi des Römischen Stipulationsrechtes und der fideiussio. Dass erstere nur Hauptschuldner sind, darüber kann nach den römischen Quellen kein Zweifel sein;[46]) aber die Frage darf nicht so gestellt werden, ob der fideiussor ein reus promittendi ist, sondern ob der fideiussor in seinem Verhältnis zum Hauptschuldner mit den duo rei promittendi in den gemeinsamen höheren Begriff der Korrealität eingereiht werden darf.[47])

Diesen Weg hat Geib mit der erwähnten Frage verlassen. Mit der Verschiedenheit der causa macht Geib zugleich eine inhaltliche Verschiedenheit der mehreren Obligationen geltend, und dies ist ein Einwurf gegen die herrschende Lehre, welcher zum mindesten nicht kurz von der Hand gewiesen werden kann.

Zwar scheint uns darin eine wesentliche Verschiedenheit nicht zu liegen, dass, wenn operae den Gegenstand der Obligation bilden, die Schuldner eiusdem peritiae sein müssen, wenn sie Korrealschuldner sein sollen, während es für den Bürgen auf peritia überhaupt nicht ankommt;[48]) wie dieses Erfordernis bei der Korrealobligation zu verstehen ist, haben wir schon oben entwickelt.[49]) Aber jedenfalls liegt eine sehr bedeutende Verschiedenheit darin, dass der Bürge die Leistung des Hauptschuldners gar nicht selbst vornehmen zu können braucht, so dass anscheinend unter Umständen die Identität des Leistungsgegen-

---

[45]) S. 59.

[46]) Helmolt § 7 S. 83 ff.; Zimmermann in der Heidelberger krit. Zeitschr. V S. 154.

[47]) Deshalb scheint mir nunmehr auch die Argumentation Dernburgs Pand. II § 76 N. 6 nicht zutreffend zu sein. Zwar das ist richtig, dass einer niemals eine fremde Obligation auf sich erstrecken kann, ohne sich damit selbst zu verpflichten (Dernburg a. a. O. gegen Windscheid II § 476). Aber das Argument: „Seine (des Bürgen) Obligation ist anderer Natur wie die Hauptobligation, sie ist accessorisch: wie kann sie also die Obligation des Hauptschuldners sein, trifft nur zu im Rahmen der Polemik Dernburgs gegen Windscheid. Trotzdem sie accessorisch ist, kann sie korreal der Hauptobligation sein.

[48]) l. 5 D. h. t. 45, 2; l. 31 D. de solut. 46, 3.

[49]) S. 24 f.

standes und damit die Identität der Leistungen selbst nicht gegeben ist. Insbesondere bei den Bürgschaften für obligationes in non faciendo: Der Inhalt der Bürgschaft für die Unterlassung besteht weder darin, dass der Bürge die fragliche Handlung nicht vornehme; ebensowenig aber, dass sie der Hauptschuldner nicht vornehme; sondern der fideiussor ist verpflichtet, für die Nichtvornahme der Handlung durch den reus einzustehen und das Interesse im Fall der Zuwiderhandlung des reus zu gewähren. Dieses Interesse kann zwar auch vom Hauptschuldner gefordert werden; aber es ist, wie Geib richtig bemerkt, nicht Erfüllung der primären Verbindlichkeit, wenn das Interesse vom Hauptschuldner geleistet wird.[50])

Hiernach schuldet anscheinend der Bürge überhaupt etwas anderes als der Hauptschuldner; es scheint geradezu Zufall zu sein, wenn das Interesse an der Erfüllung identisch ist mit dem Erfüllungsgegenstande, und diese Verschiedenheit des Gegenstandes scheint nur im römischen Recht verdeckt worden zu sein durch das Prinzip der Geldkondemnation. Aber dies scheint nur der Fall zu sein.

Bevor wir jedoch hier auf Einzelheiten eingehen, möchten wir zwei Einwände erheben. Wie verträgt es sich mit dieser grundsätzlichen Verschiedenheit des Inhalts, dass Geib zuvor[51]) annimmt, die Klagen aus der fideiussio und aus der Hauptschuld seien de eadem re; die Konsumptionswirkung beruhe auf der Identität der beiden Obligationen? Den zweiten Einwand entnehmen wir den Quellen, welche anscheinend trotz Geib die objektive Identität der Obligationen annehmen.

Damit, dass sie den fideiussor „in omnem causam“ haften lassen,[52]) ist zwar nicht gesagt, dass er das Nämliche im Rechtssinn zu leisten habe wie der Hauptschuldner; die causa omnis ist ein nur numerischer, quantitativer Begriff. Dagegen scheint es mir nicht unerheblich zu sein, dass er nach den Quellen geradezu als Solidarschuldner bezeichnet wird:

---

[50]) Geib S. 73 N. 4; l. 7 pr. C. de op. lib. 6, 3; l. 71 § 3 D. de leg. I°. Indessen bezieht sich die erste Stelle nur auf operae libertorum, welche überhaupt nicht von dritten Personen geleistet werden können, die zweite auf die subjektive Unmöglichkeit der Erfüllung, die auch bei dem Hauptschuldner selbst eintreten kann.

[51]) S. 11, 12.

[52]) l. 3 § 1 D. de admin. rer. 50, 8; l. 56 § 2; l. 58 § 1 D. de fid. 46, 1; l. 54 pr. D. loc. 19, 2; l. 91 § 4 D. V. O. 45, 1; l. 5 C. de pact. 4, 54.

l. 40 D. de fideiuss. 46, 1 Modestinus libro III regularum: Cum duo rei constituti sunt, sive ab utroque sive ab alterutro fideiussur datus fuerit, in solidum recte accipitur.

l. 51 D. eod. Papinianus libro III respons: Inter eos fideiussores actio dividenda est, qui solidum et partes viriles fide sua esse iusserunt. [53])

Indessen soll darauf kein besonderes Gewicht gelegt werden, da es immerhin möglich ist, dass mit dem „solidum" hier nichts weiter bezeichnet werden sollte, als der Gegensatz der Teilhaftung. Anders scheint mir jedoch die Sache zu liegen bei der l. 1 § 8 D. de O et A:

Gaius libro II aureorum: ... et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeatur,

und bei der lex Cicereia, welche vorsieht,

„ut is qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedicat palam et declaret, et de qua re satis accipiat et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit"; [54])

Hier ist die Vorstellung des Juristen wirklich die, dass in die bereits bestehende Obligation ein weiterer Schuldner hineingefügt wird, d. h. dass der Inhalt der bestehenden Obligation zugleich auch den Inhalt der zu schaffenden Obligation bilden soll.

Abgesehen davon aber haben wir die Frage zu beantworten, ob in der That die oben besprochenen Erscheinungen die Annahme rechtfertigen, dass die Identität des Gegenstandes, welche für uns das wesentliche Moment der Solidarität bildet, hier nicht oder nur zufällig vorhanden sei.

Dabei scheint uns in erster Linie eine Verschiedenheit bemerkenswert, welche zwischen der fideiussio und anderen promissiones debiti alieni besteht. Während die letzteren immer promissiones incerti sind, sofern sie auf den Inhalt der früheren obligatio Bezug nehmen, [55]) wird die Promission des Bürgen immer als certi promissio behandelt: [56])

„et adhuc occurrit, quod fideiussores certum videntur

---

[53]) Vgl. auch l. 58 eod.

[54]) Gaius III 123; Affolter I S. 196.

[55]) Die stipulatio specialis des Cuiaz (comm. ad tit. de V. O. ad l. 29 § 1). Vgl. l. 97 § 1; l. 68; l. 75 § 6 D. de V. O. 45, 1; Geib S. 52.

[56]) l. 75 § 6 D. de V. O. cit.; Geib a. a. O.

promittere, si modo et is, pro quo obligentur, certum debeat, cum alioquin ita interrogentur: „id fide tua esse iubes?",

worin uns ein nicht ungewichtiges Argument für die Identität der Bürgschafts- und der Hauptobligation zu liegen scheint.

Die Annahme dieser juristischen Identität ist aber auch sachlich begründet. Es ist richtig, dass der fideiussor nicht mit dem Hauptschuldner delinquiert, promittiert, vermietet, verkauft, geliehen, sondern nur fideiubendo sich verbis verpflichtet hat. Aber schliesst das aus, dass der fideiussor so betrachtet wird, als ob er es gethan hätte? Es sind ja auch Fälle paritätischer Korrealität denkbar, bei welchen die Schwierigkeit, eine Identität des Gegenstandes anzunehmen, nicht grösser ist. Man denke nur an den Fall, wenn zwei Personen solidarisch eine Unterlassung versprochen haben: Ist hier überhaupt von Identität der Leistung die Rede?

Aber zweifellos haben die Römer diese Identität angenommen, wenn sie eine (unteilbare) Solidarobligation auf ein non facere zulassen. Der Gegenstand der Obligation besteht darin, dass die Handlung von dem einen wie von dem anderen unterlassen werde, und das Interesse verfällt, sobald der eine oder der andere gehandelt hat. Nicht ebenso, aber ähnlich, liegt die Sache bei der fideiussio. Der Bürge haftet dafür, dass der Hauptschuldner die Handlung nicht vornimmt, aber dafür haftet er solidarisch neben dem Hauptschuldner. Man wende nicht ein, dass diese Obligation vom fideiussor überhaupt nicht erfüllt werden kann; auf Erfüllung dieser Obligation kann man auch gegen den Hauptschuldner nicht klagen; man kann nur wegen der Nichterfüllung das Interesse fordern. So ist also gerade in diesem Falle die Annahme der Identität leichter als in jedem anderen.

Freilich ist dies in anderen Fällen nicht ebenso einfach. Garantiert ein Bürge für die Kunstleistungen, die ein Pantomime oder Arzt schuldig geworden ist, oder für operae liberti oder für sonst ein facere, so wird der Bürge zweifellos nicht frei, wenn er die Handlung für den reus vornimmt, ebensowenig wie der reus, wenn er an Stelle der Leistung Ersatz anbietet.[57])

Zweifellos schuldet hier der fideiussor nur den Ersatz für die Nichterfüllung, und insofern ist allerdings eine thatsächliche Verschiedenheit des Gegenstandes der beiden Obligationen vorhanden.

---

[57]) l. 31 D. de sol. 46, 3.

Nicht minder muss Geib zugegeben werden, dass nicht immer dann der Bürge belangt werden kann, wenn der Hauptschuldner zu leisten schuldig ist, wie z. B. bei allen Zustandsobligationen, und dass hiernach der Bürge immer nur in eventum haftet.

Aber wir können uns vorstellen, dass auch von zwei rei promittendi der eine nur in eventum verpflichtet ist; denn es kann der eine bedingt, der andere unbedingt verpflichtet sein.[58]) und warum soll die Bedingung nicht auf ein „si Tituis non solverit“ gestellt sein? Wenn wir hiernach darin kein Argument gegen die Korrealität der Bürgschaftsobligation erblicken können, so glauben wir anderseits, dass die Identität der Leistung in dem für uns wesentlichen Sinne hinreichend dadurch gewahrt ist, dass der Bürge wo nicht zu erfüllen, so doch an Erfüllungsstatt zu leisten hat.

l. 37 D. de sol. 46, 3. Julianus libro II ad Urseium Ferocem: Quotiens unus ex fideiussoribus suam partem solvisset, tamquam negotium reo gessisset, perinde habendum est, ac si reus ipse unius fideiussoris partem solvisset: sed tamen ut non ex sorte decedat, sed is fideiussor solus liberatur, cuius nomine solutio facta fuerit.

Hier ist jedenfalls, was auch sonst der Sinn dieser schwierigen Stelle sein mag, gesagt, dass die Teilzahlung von seiten eines Mitbürgen geradeso wirkt, als wenn der Hauptschuldner selbst diese Teilzahlung vorgenommen hätte,[59]) und dass daher

---

[58]) l. 7 D. h. t. 45, 2; § 2 J. h. t. 3, 16.

[59]) Über die Stelle vgl. Cuiaz, ad Julianum l. 37 cit., Observationes et Emendationes XXVI c. IV; lib. III respons. Pap. ad l. 51 § 1 D. de fideiuss.; Notae ad Digesta ad l. 5 § 1 D. eod. 46, 3; Averanius, interpretationes II c. 6; Pothier, Pand. Just. ad tit. D. de solut. no. 99; Goldschmidt Iherings Jahrbücher XXVI S. 393 ff.; Geib, Bürgschaftsrecht S. 74 N. 2. Die Auslegung von Cuiaz in den Observationes, welcher Goldschmidt folgt, halte ich für unmöglich. Nach ihr leistet in unserem Falle der Bürge rei principalis nomine, und wird mit einem reus principalis verglichen, der fideiussoris nomine leistet. Solche Leistung soll den Leistenden nicht liberieren, weil derselbe nicht leistet, um sich, sondern um den anderen zu befreien. M. E. ist dieses Ergebnis an sich unhaltbar und überdies nicht mit dem Wortlaut der Stelle zu vereinen. Der Bürge bezahlt nach der Stelle „suam partem“; er bezahlt also, um selbst seines Teiles ledig zu werden. Würde er „alieno nomine“ (l. 47 D. de cond. ind.) d. h. pro reo geleistet haben, so würde auch der Satz „tamquam negotium reo gessisset“ gar keinen Sinn haben; denn es würde eine wirkliche negotiorum gestio vorliegen. Anderseits ist freilich nicht zweifelhaft, dass der reus, welcher fideiussoris partem leistet, dieselbe fideiussoris nomine leistet; aber dass diese beiden Leistungen mit einander

die Leistung des Bürgen solutio im technischen Sinne ist. Ein Rückschluss auf die „eadem res", auf die Identität der Leistung, wird als zulässig anerkannt werden müssen.

Diese Wirkung wird aber auch sonst in den Quellen ausdrücklich anerkannt, und es fragt sich nur, wie sie zu begründen ist. Zwar die Befreiung des Bürgen durch die Leistung des Hauptschuldners erklärt sich hinreichend aus der accessorischen Natur der Bürgschaft.[60]) Schwieriger ist jedoch die Beantwortung

verglichen werden, ist höchstens ein Beweis dafür, dass die Zahlung alieno nomine in diesem Falle gerade so wirkt, wie die Zahlung suo nomine, und wie sollte dies auch anders sein? Leiste ich alieno nomine, so ist dies gerade so, als wenn der, für den ich intercedierte, suo nomine geleistet hätte. So lässt denn auch die l. 51 § 1 de fid. 46, 1 von Papinian ersehen, dass die Teilzahlung, welche der Bürge suo oder rei nomine vornimmt, die Hauptschuld und die Bürgschaftsschuld in gleicher Weise kürzt; die Worte „quominus residui divisione facta portionis iudicium accipiat" setzen voraus, dass ein „residuum" vorhanden ist, mithin eine Minderung des „solidum" stattgefunden hat. Vgl. auch l. 24 D. de solut. 46, 3. — Das tertium comparationis der beiden solutiones in der l. 37 cit. bildet mithin die Befreiung des Fideiussor. Diese tritt ein, einerlei, ob der Bürge suo nomine, oder der reus fideiussoris nomine leistet. Hiernach bleibt nur noch der dunkle Passus „sed tamen ut non ex sorte decedat" zu erklären. Dabei ist zu bemerken, dass als Subjekt zu diesem Satze nur die Rate (partem) gedacht werden kann, welche nach dem vorhergehenden Satze bezahlt ist. Vgl. l. 25 §§ 15, 16 D. de her. pet. 5, 3; l. 24 pr. D. de praescr. verb. 19, 5; l. 72 D. de leg. I°. Dann erhält aber unser Passus die richtige Bedeutung durch die Worte „sed is fideiussor solus liberatur, cuius nomine solutio facta fuerit". Es handelt sich nämlich gar nicht um die Frage, wie die Zahlung auf den Hauptschuldner wirkt, sondern um ihre Wirkung auf die Mitbürgen. Die erstere Frage ist bereits im ersten Satz der Stelle erledigt. Dagegen ist noch fraglich, ob die Teilzahlung das Kapital in der Weise kürzt, dass die einzelnen Mitbürgen an dieser Teilzahlung profitieren, indem sie sich bei der Berechnung ihrer Quote auf Grund des beneficium divisionis auf die Minderung des Kapitals berufen können, um eine geringere Rate zu erhalten. Die Antwort ist: is fideiussor solus liberatur etc., d. h. „nein". Die Stelle besagt also nichts anderes als die l. 51 § 1 D. de fideiuss. cit.; die Quoten der übrigen Bürgen sind aus dem ursprünglichen Kapitalsbetrag zu berechnen, und auch die l. 5 § 1 de solut. scheint den gleichen Gedanken aussprechen zu sollen. Auffallend scheint nur das eine, dass Julian, der ältere der beiden Juristen, die Befreiung des seinen Teil zahlenden Bürgen anscheinend ipso iure eintreten lässt, während sie nach Papinian per exceptionem erfolgt. Indessen ist diese strengere Auffassung zweifellos die richtigere und fortgeschrittenere: die Teilleistung scheidet ipso iure ex sorte aus; daher werden alle Bürgen, aber alle auch nur pro parte, befreit. Die exceptio doli korrigiert die Unbilligkeit dieser Wirkung. — Der Stelle ist also auch der von Geib S. 74 N. 3, 75 N. 1 zugeschriebene Sinn vollständig fremd. — Girtanner und Hasenbalg erwähnen die Stelle nicht.

[60]) l. 60 D. de fideiuss. 46, 1; l. 43 D. de solut. 46, 3; Geib S. 71.

der anderen Frage, warum der Hauptschuldner durch die Zahlung von seiten des Bürgen befreit wird. Denn vom Bürgen erhält ja der Gläubiger gar nicht notwendig, was er vom Schuldner zu fordern hat; anderseits wird aber auch der Bürge meist suo nomine, d. h. animo solvendi, nicht rei nomine, d. h. animo intercedendi, erfüllen.[61])

Bei dieser Frage ist denn immer im Auge zu behalten, was Zahlung ist: Leistung erfüllungshalber; daher kommt die solutio rei nomine für uns hier nicht in Betracht. Von diesem Ausgangspunkt aus aber kommen wir bei der fideiussio zu der nämlichen Erörterung, wie bei den paritätischen Korrei, die wir im 1. § unseres Buches gegeben haben; nur gilt es, noch zu erklären, warum die Identität des Leistungsgegenstandes bei der fideiussio nicht in der Weise erforderlich ist, damit die Leistung beide Schuldner befreie, als bei den duo rei promittendi.

Dabei fragt es sich vor allem: hat überhaupt die solutio in unserem Falle die nämliche Wirkung wie bei der paritätischen Korrealität? In der That behauptet man, dass dies nicht der Fall ist, dass vielmehr die Befreiung des Hauptschuldners durch die solutio des Bürgen ursprünglich nur exceptionsweise eintreten konnte.[62])

In Bezug auf diese Frage wird man allerdings auf die Ausdrucksweise der Quellen, nach welchen die solutio des Bürgen die „liberatio“ des Hauptschuldners bewirkt,[63]) kein grosses Gewicht legen können, da „liberari“ sowohl bei der ipso iure eintretenden Befreiung, als auch bei der Befreiung ope exceptionis gebraucht wird.[64]) Ebenso ist zuzugeben, dass in den ll. 28 D. mandati 17, 1 und 95 § 10 D. de solut. 46, 3 ein zwingendes Argumentum e contrario für die Befreiung des Hauptschuldners ipso iure nicht enthalten ist.[65])

Aber trotzdem scheint mir die Annahme zurückgewiesen

---

[61]) l. 47 D. de cond. ind. 12, 6: tuo nomine — suo nomine. Solutio suo nomine liegt natürlich immer dann vor, wenn der Bürge als Bürge zahlt; aber seine Bürgeneigenschaft schliesst nicht aus, dass er noch einmal, und zwar durch Zahlung, wie jeder dritte, intervenieren kann. Vgl. Geib S. 52 und S. 71.

[62]) Geib S. 72.

[63]) l. 31 D. de fid. 46, 1: „non liberari“; l. 36 eod.: „omnes liberati sunt“; l. 66 eod.: „liberatur Titius“; l. 69 eod.: „liberavit reum“.

[64]) l. 60 D. de fid. 46, 1; l. 18 § 3 D. de pec. const. 13, 5; Eisele Archiv f. die civ. Praxis 77 S. 413.

[65]) Geib S. 72 N. 4.

werden zu müssen, dass der reus in der klassischen Zeit die Erfüllung durch den fideiussor nur per exceptionem habe geltend machen können.

Denn schlagend ergibt sich das Gegenteil aus folgenden Stellen:

l. 36 D. de fideiuss. 46, 1: Paulus libro XIV ad Plautium: Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici, nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.

l. 76 D. de solut. 46, 3: Modestinus libro VI responsorum: Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquid tempus cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit: quod si ante solutionem hoc factum est vel, cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta et[66]) mandatum subsecutum est, salvaesse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pres tium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit perempta videatur.

l. 21 D. de tutel. et rat. distr. 27, 3: Papinianus libro I definitionum: cum pupillus tutelae actione contra tutorem alterum tutori, quem index in solidum condemnavit, cessit, quamvis postea iudicatum fiat, tamen actio data non intercidit, quia pro parte condemnati tutoris non tutela reddita, sed nominis pretium solutum videtur.

l. 17 D. de fideiuss. 46, 1: Julianus libro LXXXIX digestorum: Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.

l. 95 § 10 D. de solut. 46, 3: Papinianus libro XXVIII quaestionum: Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, eiusmodi contractus similis est tutori et debitori pupilli: et ideo mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet, sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat.

[66]) Mommsen: est et.

l. 28 D. mandati 17, 1: Ulpianus libro XIV ad edictum: Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.

Während die beiden letzten Stellen die Möglichkeit und Notwendigkeit der Klagencession beim Kreditmandat darauf gründen, dass durch die Zahlung von seiten des Mandators der Schuldner nicht ipso iure liberiert wird, ist sowohl in dem Falle, wo von mehreren Vormündern der eine in solidum belangt wird und die Cession der Klagen gegen den anderen Vormund begehrt, als auch dann, wenn der fideiussor bezahlt hat und nunmehr die Cession der Schuldklage an ihn erfolgt, eine andere Begründung nötig: „quia pretium actionum mandatarum magis solutum videtur“.

Man wird nicht im Zweifel darüber sein, dass diese Begründung nichts weiter ist, als ein theoretischer Notbehelf, eine Art von Gewissensberuhigung.[67]) In Wahrheit erfolgt die Cession der Klagen, trotzdem der Bürge nur seine Schuld getilgt hat; das „propter mandatum enim suum solvit et suo nomine“ lässt sich insofern auch auf den Bürgen anwenden; überdies kann von einem Verkauf der Klagen mit einiger Berechtigung doch nur im Fall der l. 76 cit. gesprochen werden, wo die Cession der Klagen vor der Zahlung begehrt und vorgenommen oder wenigstens versprochen wird, so dass anscheinend Leistung und Gegenleistung vorhanden sind. Im Fall der l. 36 aber, in welchem nichts berechtigt, eine solche Verabredung als der Zahlung vorausgegangen anzunehmen,[68]) ist die Annahme eines Kaufs eine blosse Fiktion.

Jedenfalls aber lassen die Stellen ersehen, dass im Gegensatz zum qualifizierten Mandat und in Übereinstimmung mit der Solidarobligation mehrerer Tutoren die Hauptobligation durch die Zahlung von seiten des Bürgen ipso iure untergeht,[69]) und es kommt daher für uns nicht darauf an, ob die strengere Meinung des Modestinus oder die billigere des Paulus in Bezug auf die Zulässigkeit der Cession als die von Justinian approbierte zu erachten ist.

Wenn aber diese Wirkung, trotzdem der Bürge nur seine eigene Schuld zahlt und trotzdem von Identität der Leistungen in Bezug auf ihr Objekt möglicherweise keine Rede sein kann, dennoch gerade so eintritt, wie bei den Solidarobligationen, wo

---

[67]) Vgl. Mitteis, Die Individualisierung der Obl. S. 12 N. 14.

[68]) Wie Mühlenbruch, Cession der Forderungen, S. 346, annimmt.

[69]) „nullas iam esse actiones“, l. 36; l. 76 cit.

die Identität den inneren Grund dieser Erscheinung bildet, so fragt es sich, ob wir nicht die Identität der Leistungen des Bürgen und des Hauptschuldners auch da annehmen müssen, wo Identität des Leistungsgegenstandes nicht gegeben ist.

Bei der Solidarobligation war der Zweck der Obligation das Moment, welches uns zu der Leistungsidentität trotz der Mehrheit der Schuldner geführt hat; die Identität des Zweckes begründet in der That auch die Solidarität der Bürgschaftsobligation mit der Hauptobligation.

Der Bürge verspricht dem Gläubiger, für die Erfüllung der Hauptobligation aufzukommen; der Gläubiger nimmt den Bürgen an, nicht für den Fall, dass die Hauptobligation nicht eintreibbar sein wird, sondern ausschliesslich für den Fall, dass sie nicht erfüllt werden wird. In diesem Vertragsinhalt ist der Wille der Parteien enthalten, dass die Leistung des Bürgen als Ersatz für die ausgebliebene Leistung des Hauptschuldners gelten soll, gerade so, wie der Gläubiger sich mit der datio in solutum auch eine Ersatzleistung für den geschuldeten Gegenstand gefallen lässt. Es ist also auch hier eine Identifizierung der Leistungen vorhanden, insofern beide zur Befriedigung des nämlichen Interesses geschuldet werden. Hat der Gläubiger vom Bürgen die Erfüllung seines Interesses erlangt, so hat die Hauptobligation, trotzdem sie nicht erfüllt wurde, kein Interesse mehr für den Gläubiger. Der Unterschied der Bürgschaftsobligation und der paritätischen Solidarobligation besteht in Hinblick auf die Erfüllung nur darin, dass die Identität des Leistungsgegenstandes bei der ersteren weniger notwendig ist, als bei der letzteren.

Freilich wird man gegen diese Auffassung möglicherweise einwenden, dass die Stellen, auf welche wir sie gründen, nur den regelmässigen Fall im Auge haben, dass der Gläubiger vom Bürgen gerade das erhalten hat, was er vom Hauptschuldner zu fordern hatte.[70]) Aber es geben zunächst diese Stellen keinen Anlass zu einer derartig restriktiven Interpretation, und ausserdem besitzen wir m. W. keine Stellen, welche das Gegenteil für die Fälle begründet erscheinen lassen, in welchen der Bürge auch dem Gegenstande nach eine andere Leistung schuldet, als der Haupschuldner.[71])

Dabei ist allerdings Geib zuzugeben, dass die Befreiung des Hauptschuldners durch die Leistung des Bürgen dann, wenn sie

---

[70]) Vgl. Geib S. 74 Z. 5.

[71]) Die ll. 26 §§ 13, 14 D. de cond. ind. 12, 6; 34 §§ 1, 10, 11 D. de sol. 46, 3; 71 § 1 D. eod., welche Geib S. 74 N. 1 anführt, beweisen jeden-



dem Gläubiger das nicht gibt, was er vom Hauptschuldner zu fordern hat, etwas Auffallendes an sich hat; indessen kann die Verschiedenheit der Gegenstände dem Römer in weit geringerem Masse zum Bewusstsein, als dem modernen Dogmatiker, weil sie durch das Prinzip der Geldkondemnation verdeckt war. Der Bürge hatte sich für „idem“ verpflichtet; wenn dieses „idem“ auch nicht die eigene Leistung, sondern die Leistung des Hauptschuldners bildet, die der Bürge nicht primär zu leisten, sondern für die er nur einzustehen schuldig ist, so dass aus dieser Garantie-

falls für unsere Frage gar nichts. Auch die ll. 14 pr., 16 D. iudic. solvi 46, 7 u. l. 35 D. de cond. ind. 12, 6 haben auf unsere Frage keinen Bezug. Wie l. 37 D. de solut. zu verstehen ist, darüber s. oben N. 60. Dagegen setzt die l. 24 D. de solut. 46, 3 jedenfalls die Befreiung ipso iure voraus. Vgl. auch Brinz II § 255 N. 47; Geib S. 72 N. 3. — Geib schliesst, dass die Befreiung nur ope exceptionis eintreten könne, daraus, dass wenn die Hauptobligation auch durch den fideiussor erfüllbar ist, debitoris nomine geleistet werden muss, wenn die Leistung eines Dritten als Erfüllung soll gelten können (S. 73 N. 4) und verweist dafür auf l. 31 pr. D. de her. pet. 5, 3; l. 5 i. f. C. de solut. 8, 42. Aber aus beiden Stellen lässt sich auf unseren Fall kein Schluss ziehen; die l. 31 cit. handelt von dem bonorum possessor der im Glauben, selbst der Schuldner zu sein, zahlt; die l. 5 cit. sagt nichts weiter, als dass „solutione ab alio facta nomine debitoris evanescere solet obligatio“. Das ist auch im allgemeinen vollkommen richtig; aber mit dem selben Recht, wie man diesen Satz auf die fideiussio anwendet, müsste man ihn auf sämtliche Korreal- und Solidarobligationen anwenden können. In der That ist dies der wunde Punkt der Geibschen Untersuchung. Die oben wiedergegebenen Stellen sprechen nicht minder deutlich, wie die zahlreichen Stellen, welche von der Wirkung der solutio auf paritätische Korrealobligalitionen handeln. Das Problem ist eben : Warum trifft jener Satz der l. 5 C. cit. und der l. 31 D. 5, 3 hier nicht zu? Eine Prüfung dieser Frage würde gewiss Geib zum richtigen Ziele geführt haben. Freilich erschwert er sich dieses Ergebnis noch dadurch, dass er bei der Korrealobligation der Zahlung nicht mit uns, eine blosse Reflexwirkung, sondern eine direkte Geschäftswirkung beilegt (S. 69). Dass dies nicht richtig ist, zeigt die l. 34 § 1 D. de solut. 46, 3: quia obligatio communis efficiet, ut quod duobus solutum est, uni solutum esse videatur. Das will nur besagen, dass der Teilzahlung an die einzelnen Gläubiger die nämliche Wirkung zukommt, wie der Ganzleistung an einen der Gläubiger, und ebenso bei Mehrheit der Schuldner. Würde dagegen die Zahlung an den einen oder von dem einen correus auch Zahlung an den anderen und vom anderen frei, so hätte das „solutum esse videatur“ keinen Sinn. Vielmehr wird nur dem einen und von dem einen bezahlt; der andere wird nur liberiert oder ausgeschlossen. Dem entspricht auch vollkommen die Ausdrucksweise Ulpians in l. 3 § 1 D. h. t. 45, 2: ut si unus solvat, omnes liberentur. — Wenn ferner Geib die Verneinung der Ipsojurebefreiung durch die solutio bei Verschiedenartigkeit des Leistungsobjektes selbstverständlich findet, so ist zuzugeben, dass die Annahme einer exceptio doli hier manches für sich hat, aber doch des Quellenbeweises entbehrt. Vgl. l. 15 D. h. t. 45, 2.

pflicht die Leistungspflicht nur möglicherweise als Konsequenz sich ergibt, so schuldet er doch den Geldwert dieser Leistung und insofern etwas mit der Prinzipalleistung Identisches. Ja umsomehr, als bei der Geldkondemnation des fideiussor das „quidquid paret dare facere oportere nur nach der Prinzipalleistung beurteilt wurde.[72])

Wenn wir demnach bekennen müssen, durch Geib nicht davon überzeugt worden zu sein, dass die fideiussio weder eine Korreal- noch eine Solidarobligation bildet, so ist unsere Aufgabe noch nicht gelöst. Es obliegt uns noch, soweit dies nach dem Stande der Quellen möglich ist, den Nachweis zu führen, dass sich die juristische Identität des Gegenstandes auch in Ansehung der sonstigen Rechtsakte in der nämlichen Weise äussert, wie bei den paritätischen Obligationen.

Dass einzelne Verschiedenheiten nicht gegen die Solidarität der fideiussio mit der Hauptobligation beweisen können, da sie bloss auf der accessorischen Natur der Bürgschaft beruhen und mit der Solidarität verträglich sind, haben wir schon oben ausgeführt. Dagegen sehen wir einen positiven Beweis der Solidarität in der Wirkung, welche nach den Quellen der acceptilatio und novatio zukommt. Wenn nur die Wirkung der acceptilatio des Hauptschuldners auf die Obligation des Bürgen bezeugt wäre, so würde man dies ja wohl auch mit der accessorischen Natur der Bürgschaft erklären können; aber dies geht jedenfalls nicht an, wo es sich um die acceptilatio des Bürgen handelt.

> l. 13 § 7 D. de accept. 46, 4. Ulpianus libro L ad Sabinum: Si fideiussori accepto fuerit latum, cum reus re, non verbis fuisset obligatus, an reus quoque liberetur? et hoc iure utimur, ut, licet reus non sit verbis obligatus, tamen acceptilatione per fideiussorem liberetur.

> l. 16 § 1 D. eod. Ulpianus libro VII disput. Si iudicati fideiussor sit datus eique accepto latum sit, liberabitur et iudicatus.

Geib behauptet unter Bezugnahme auf diese Stellen, dass den Hauptschuldner „wohl auch die acceptilatio der obligatio fideiussoria nicht ipso iure befreit“. [73]) Dabei erkennt Geib an, dass die Wirkung der acceptilatio auf die Hauptobligation nicht als unmittelbare Geschäftswirkung zu betrachten ist, sondern auf der Solutionsnatur der acceptilatio beruht. Wenn daher nicht

[72]) Geib S. 65.
[73]) S. 73 Anm.

einmal die Zahlung ipso iure wirkt, kann dies noch weniger bei der Acceptilation der Fall gewesen sein. Darauf bezieht sich nach Geib das „hoc iure utimur“ der l. 13 § 7 cit.

Hiergegen ist zu sagen, dass sich diese Worte nur auf den besonderen Fall beziehen, wenn der Hauptschuldner nicht verbis obligiert war. Ihre ipso iure tilgende Kraft hat die acceptilatio als actus contrarius nur bei Verbalobligationen. Ursprünglich war sie bei anderen Obligationen wohl überhaupt wirkungslos, wie die Notwendigkeit der stipulatio Aquiliana beweist. Es ist ein Fortschritt der freieren Jurisprudenz, wenn Ulpian dem Schuldner, welcher sich acceptoferieren lässt, obwohl er nicht verbis verpflichtet ist, die exceptio doli gewährt.[74]) Damit hat aber unser Fall nichts zu thun. Augenscheinlich nimmt vielmehr Ulpian an, dass die Befreiung des Hauptschuldners durch die Acceptilation des Bürgen ipso iure befreit wird, und zwar deshalb, weil einerseits dem Hauptschuldner selbst nicht acceptoferiert wird,[75]) anderseits aber jedenfalls der Bürge verbis obligiert ist und daher die Acceptilation vollwirksam ist. Die l. 13 § 7 cit. und die l. 19 pr. de accept. stehen zu einander in entschiedenem Gegensatz, indem nach der einen der Schuldner, dem selbst acceptoferiert wird, „non liberatur, sed exceptione ... se tueri potest“, während nach der anderen durch die Acceptilation der Bürgschaftsobligation der Hauptschuldner, welcher nicht verbis obligiert ist, „tamen acceptilatione per fideiussorem liberetur“.

Es ist also von dem nämlichen Ulpian, welcher in der l. 19 dem reus non verbis obligatus die exceptio doli gewährt, in der l. 13 § 7 dem reus principalis ein plus eingeräumt, nämlich die Befreiung ipso iure. Das „hoc iure utimur“ aber veranlasst keineswegs die Annahme, als ob diese Wirkung eine Fortentwickelung der in l. 19 aufgestellten Regel bedeute; es bezieht sich vielmehr auf die Frage, ob überhaupt die acceptilatio auf den re obligierten Hauptschuldner wirken kann, eine Frage, die von der älteren Jurisprudenz verneint wurde, von Ulpian aber, und zwar im Sinne der Tilgung ipso iure, bejaht wird.

Über die Wirkung der Novation der obligatio fideiussoris auf die Hauptobligation besitzen wir m. W. keine Quellenzeugnisse.[76]) Dagegen wirkt die Eidesleistung des Bürgen, wenn sie

---

[74]) l. 19 pr. D. de accept. 46, 4.

[75]) l. 16 pr. D. de accept. 46, 4.

[76]) Geib S. 73 beruft sich dafür, dass für die Novation das Nämliche

nicht mit Beschränkung auf seine Person erfolgt ist, gerade so, wie bei der Korrealobligation zweier rei promittendi,[77]) und auch in Bezug auf das pactum de non petendo[78]) und die transactio[79]) bestehen keine Verschiedenheiten. Infolgedessen werden wir annehmen dürfen, dass auch die anderen Rechtsakte bei der Bürgschaft die nämliche Wirkung äussern wie bei den paritätischen Korrealobligationen.[80]) [81])

gelte, wie für die Acceptilation (nämlich Befreiung per exceptionem doli) auf l. 91 D. de sol. 46, 3 mit l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2. Wie ich glaube, mit Unrecht. Über die l. 31 § 1 cit. vgl. III. Kap. § 13. Hieraus könnte nur gefolgert werden, dass die novatio dann befreiend wirke, wenn dies bei der solutio der Fall ist. Dass die solutio des Bürgen aber immer ipso iure den Hauptschuldner befreit, haben wir oben gezeigt. Die l. 91 cit. aber behandelt eine ganz andere Frage, nämlich, wie der Satz, dass der Gläubiger nicht wider den Willen des Schuldners auf seine Forderung verzichten kann, zu umgehen ist. Die Antwort lautet: durch Novation: durch die expromissio wird der Schuldner auch gegen seinen Willen ipso iure frei; diese Novation hat die Wirkung der acceptilatio, insofern auch der Expromittent (durch exceptio doli) geschützt ist, weil er keine Verpflichtungsabsicht hatte. Vgl. darüber Salkowski, Novation S. 268 N. 1. Brinz, Pand. IV S. 250.

[77]) l. 27; l. 28 §§ 1, 2; l. 42 §§ 1, 2 D. de iureiur. 12, 2.

[78]) l. 23 D. de pact. 2, 14.

[79]) l. 68 § 2 D. de fid. 46, 1.

[80]) Windscheid, Pand. II § 297 N. 8. Über die Rechtskraftwirkung s. Kap. III § 16. — Die Frage, ob der Bürge überhaupt Solidarschuldner ist, wird auch von Landucci § 34 p. 168 ff. verneint. Seiner Begründung vermag ich mich ebensowenig, wie der von Geib und Baron gewählten, anzuschliessen. Nach Landucci ist für den Begriff der Solidarität erforderlich, dass die mehreren Obligationen Hauptobligationen sind, dass das Objekt beider Obligationen gleich ist und dass jeder das Ganze zu leisten verpflichtet ist. Hiernach ist der fideiussor nicht Solidarschuldner mit dem Hauptschuldner, weil 1. die fideiussio Nebenobligation ist, 2. ihr Objekt kleiner sein kann als das der Hauptobligation, und 3. bei Mehrheit der Bürgen das beneficium divisionis gewährt wird. — Hiergegen ist zu erwidern: Zunächst ist es eine blosse Behauptung Landuccis, dass zum Begriff der Solidarität die Parität der Obligationen gehöre (in § 2 verweist Landucci auf Kap. IV und V seines Buches, dort aber nur zurück auf das I. Kapitel); s. hierüber oben S. 67 f. Ausserdem würde der Umstand, dass der Bürge sich in leviorem oder minorem causam verpflichten kann (Hasenbalg, Bürgschaft S. 179 ff) m. E. der Annahme einer solidarischen Verbindlichkeit nicht entgegenstehen. Nur beiläufig mag bemerkt werden, dass mir die l. 34 D. de fideiuss. 46, 1, auf welche sich Landucci S. 170 beruft, weniger die Solidarität, als vielmehr die Modalitäten der Leistung zu behandeln scheint; indessen ist der Satz, den Landucci aufstellt, dass sich nämlich der Bürge für ein minus verpflichten kann, nicht zu bezweifeln. l. 9 D. de fid. 46, 1. Ob aber nicht auch möglich ist, dass eine solidarische Verbindlichkeit auf ein minus eingegangen wird, ist eine andere Frage. Die l. 15 D. h. t. 45, 2 und die adjektizischen und Noxalklagen

Wenn ich infolgedessen keinen Grund sehe, die fideiussio in ihrem Verhältnis zur Hauptobligation von den korrealen und solidarischen Obligationen auszuschliessen, so ist die Annahme einer Korrealobligation noch weniger bedenklich bei mehreren

---

legen die Bejahung nahe; vgl. darüber oben S. 63, 120. Betrachtet man in diesem Zusammenhang die l. 34 de fid. cit., so ergibt sich, dass sie ein Argument für Landucci nicht bilden kann: . . . . . „quid ergo, si a reo Stichum aut Pamphilum, a fideiussore Stichum interrogem? utrum in deteriorem causam acceptus est sublata electione? an in meliorem, quod et verum est, quia mortuo eo liberari potest". Dass der Hauptschuldner Stichum aut Pamphilum promittiert, der Bürge nur für den Pamphilus gutsteht, wird die Annahme einer, wenn auch nur begrenzten, Solidarität nicht ausschliessen können. [Über l. 34 cit. vgl. Pescatore, Die alternative Obl. S. 142 ff.] Die Frage, ob der Bürge auf Pamphilum dare verklagt werden kann, weil darin eine pluspetitio gegenüber der Hauptschuld liegen würde, findet dadurch ihre Erledigung, dass die intentio in solchem Falle immer incerta ist und das „quidquid ob eam rem" etc. allgemein genug lautet, um den Gegenstand der Intentio nicht als ein plus gegenüber der Klage aus der Hauptobligation erscheinen zu lassen. — (Hier ist ferner ausser Zweifel gestellt, dass in diesem Falle jedwede Leistung von seiten des Hauptschuldners den Bürgen befreit. Denn jedenfalls wird, auch wenn der Hauptschuldner den Stichus leistet, die Haftung des Bürgen in Bezug auf den Pamphilus gegenstandslos, weil die Hauptobligation auch in Hinblick auf den Pamphilus erloschen ist. Insofern liegt die Sache hier einfacher als im Falle der l. 15 D. h. t. 45, 2.) — Wenn endlich Landucci als letztes Argument für seine Ansicht das beneficium divisionis unter mehreren Mitbürgen anführt, so übersieht er, dass ein blosses beneficium die Solidarität, die ipso iure vorhanden ist, nicht aufzuheben vermag, wie l. 49 § 1 D. de fid. 46, 1 und § 4 J. eod. beweisen. Anderseits würde dieses Argument nur bei confideiussores und duo rei promittendi (Nov. 99!), nicht aber bei Bürgen und Hauptschuldnern in Betracht kommen können. —

[81]) Die Verpflichtungsform der Bürgschaft: idem (oder id) fide tua esse iubes entspricht vollkommen dem Wesen derselben, der juristischen Identität mit der Hauptobligation in Bezug auf ihren Gegenstand. Dem widerspricht nicht, dass die Bürgschaft schon im klassischen Recht der Eingehung der Hauptobligation nachfolgen kann (l. 6 pr. D de fid. 46, 1). Wenn dies bei der Korrealpromission im klassischen Recht unmöglich war, so beruht dies darauf, dass die promissio debiti alieni den klassischen Juristen immer Novation war; s. oben § 1. Abweichend Geib S. 46 N. 1, für den aber weder die besprochene l. 8 § 5 de nov., noch die l. 34 § 2 D. eod. sprechen. Diese Gefahr lag bei der Verbürgungsstipulation nicht vor; das „idem fide tua esse iubes? hat mit der Novationsstipulation: quod Titium mihi dare oportet, id tu mihi dare spondesne?" nichts gemein. Daher finden es auch die römischen Juristen nicht erforderlich, die fideiussio von der Novation abzugrenzen, wie sie dies bei der Korrealpromission thun: l. 3 pr. D. h. t. 45, 1: oben § 1 zu N. 43. Dass sich aber das „id" in der Formel „id fide tua esse iubes" (vgl. l. 75 § 6 de V. O. 45, 1 und die Emptio pueri bei Bruns, fontes

Bürgen untereinander. Auch dies wird nicht allgemein anerkannt: nach Baron liegt zwar Solidarität, aber keine Korrealität vor.[82]) Baron hat diese Ansicht nicht näher begründet; sie scheint uns auch gar nicht begründet werden zu können. Die Identität des Gegenstandes ist jedenfalls bei mehreren Fideiussoren von vornherein gegeben; wie ferner der fideiussor principalis gegenüber dem fideiussor fideiussoris „rei loco" ist,[83]) so muss angenommen werden, dass die confideiussores auch unter sich als „rei loco" d. h. als mehrere Hauptschuldner, betrachtet wurden. Dass die Litiskontestation mit dem einen Bürgen den anderen befreite, steht fest, und zwar ohne Beschränkung auf den Fall gleichzeitiger Verbürgung;[84]) man wird annehmen dürfen, dass auch die anderen Rechtsakte die nämlichen Wirkungen äussern, wie bei paritätischen Hauptobligationen.[85])

II. Nicht minder bestritten ist die Frage, ob das constitutum debiti alieni eine Solidarobligation erzeugt. Während sie früher vorwiegend bejaht wurde,[86]) hat neuerdings Geib behauptet, dass dem constitutum „vollständig das der fideiussio eigentümliche korreale, solidarische und accessorische Moment fehle"[87]) und dabei eine Stütze an Brinz gefunden.[88]) Da es sich für uns um die Frage handelt: gibt es „blosse Solidarobligationen"?, so müssen wir auch dieser Kontroverse näher treten.

---

ed. VI pars I S. 288 No. 105) nicht etwa auf den Geschäftsvorgang, sondern auf den Erfolg des Geschäftes bezieht, das zeigt eben die andere Formulierung „idem fide tua iubes". Dieses „idem" soll sich auf den Gegenstand der vom Hauptschuldner eingegangenen Verpflichtung beziehen. Darauf weisen auch Stellen hin, welche wie l. 8 § 8; l. 9; l. 65 D. de fid. 46, 1, direkt die fideiussio als eine Verpflichtungserklärung betrachten: insbesondere lässt die l. 8 § 8 ersehen, dass das „idem" wohl nur eine Abkürzung der Formel: „Stichum quem Titius promisit", oder „quod ille promisit", „fide tua dari iubes" ist.

[82]) S. 268 ff., insbes. S. 270.

[83]) l. 27 § ult. D. de fideiuss. 46, 1.

[84]) l. 28 C. de fideiuss. et mandat. 8, 41. Darüber, dass die l. 43 D. de fideiuss. nichts gegen diese Annahme beweist (Czyhlarz S. 87), vgl. oben Kap. I § 1 S. 17 f.

[85]) Darüber Baron S. 270 f.

[86]) Vangerow, Pand. III § 579 Anm.; Bruns Zeitschrift f. Rechtsgesch. I S. 99 N. 109; Windscheid, Pand. II § 298 N. 18 a. E.; Eisele Archiv f. die civ. Prax. 77 S. 462 f., wohl auch Baron S. 265 N. 3.

[87]) Bürgschaftsrecht S. 181.

[88]) Pand. II § 257 S. 200.

Dafür, dass keine Korrealität vorliegt, beruft man sich auf die l. 18 § 3 D. de pecunia constituta 13, 5:

> Ulpianus libro XXVII ad edictum: Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit sortis obligationem consumat. et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.

Zuzugeben ist Eisele,[89]) dass, wenn auch die Stelle nur vom constitutum debiti proprii handelt,[90]) doch auf das constitutum debiti alieni aus derselben geschlossen werden kann, sofern nämlich die von der Mehrzahl der Neueren vertretene Ansicht, dass aus dem constitutum eine besondere Klage — actio in factum — neben der condictio aus der Hauptschuld zustand, richtig ist.[91])

Aber dann fragt sich noch immer, ob dieser Schluss dazu führt, die Korrealität zu verneinen und eine „blosse" Solidarobligation anzunehmen; unseres Erachtens ist wenigstens dieses Ergebnis nicht zwingend. Selbst wenn man mit Eisele die Identität der Leistung zum begriffsbildenden Moment der Korrealität macht, und ihr für die blosse Solidarität die Identität des Zweckes gegenüberstellt, ist die Stelle nicht sehr beweisend dafür, dass hier keine Korrealität vorliegt. Die „vetus dubitatio" der l. 18 § 3 cit. beweist vielmehr, dass den Römern keineswegs der Mangel der eadem res auf flacher Hand zu liegen schien;[92]) das „tutius est" anderseits aber auch, dass bei der Frage, ob zwei Klagen elektiv konkurrieren, in sehr hohem Masse praktische Gesichtspunkte massgebend waren.[93]) Dem gegenüber will das Argument, dass die Konsumptionskonkurrenz bedingt ist durch

---

[89]) S. 463.

[90]) Anders Brinz a. a. O. N. 31.

[91]) Anders Kappeyne van de Coppello, Abhandlungen aus dem röm. Staats- u. Privatrecht. 2. Aufl. 1891 herausgeg. von Conrat., S. 237 f., welcher die Stelle so verstehen will, dass mit der „utraque obligatio" ebenso wie mit der „utraque actio" der l. 19 eod. die doppelte Kondemnation aus der sponsio dimidiae partis (Gai IV) und aus dem iudicium secutorium bezeichnet werden sollte. Gegen Kappeyne van de Coppello spricht ausser der l. 18 § 3 u. l. 19 de pecunia constituta auch die l. 36 D. de iureiur. 12, 2, welche eine Mehrzahl materieller Obligationen voraussetzt. — Gegen Kappeyne siehe Pfersche Grünhuts Zeitschrift XIV S. 174; Baron Krit. Vierteljahrsschr. Bd. XXVIII S. 242 f. Mitteis, Individualisierung der Obligation S. 62 N. 64 a; Eisele, Abhandlungen a. d. röm. Civilproz. S. 51. — Über die l. 18 § 3 cit. s. noch: Fitting, Korrealobl. S. 132 gegen Savigny, Obl. I S. 168 N. 1.; Baron S. 265; Landucci S. 223.

[92]) Wie Mitteis, Individualisierung S. 62 annimmt.

[93]) Mitteis S. 61 f.

die Identität der causa und diese durch die Einheit der Verpflichtungsverhandlung,[94]) nicht viel bedeuten; zugegeben, dass regelmässig diese Einheit der causa erforderlich war; was beweist uns, dass sie den Römern eine nicht zu entbehrende Voraussetzung bildete? Wir werden im IV. Kapitel zeigen, dass die Identität der causa nicht ausreicht, die Litiskontestationswirkung zu erklären, weil es Fälle gibt, in welchen die eine Klage durch die Konsumption der anderen untergeht, obwohl offenbar von Einheit der causa nicht die Rede sein kann.

Ich möchte daher im Falle des constitutum debiti alieni geradezu Korrealität annehmen, und zwar nicht, obwohl die Identität der Leistung fehlt, als vielmehr gerade deshalb, weil sie vorhanden ist. Die vetus dubitatio beweist, dass, wenn überhaupt die Konsumptionskonkurrenz auf der Identität des Gegenstandes beruhte, die römischen Juristen keinen dogmatischen, prinzipiellen Grund hatten, diese Identität zu verneinen, und das „tutius" bestärkt uns in dieser Ansicht. Wir finden auch, dass die Römer die konstituierte und die Konstitutsobligation in Bezug auf den Eid genau so behandeln wie Korrealoblgationen[95]) und ich sehe keinen Grund, die eadem res hier anders zu begründen als in anderen Fällen. Es will mir insbesondere eine wenig reale Unterscheidung scheinen, dass der Konstituent, weil er die Zahlung der Schuld eines anderen verspricht, während der Bürge verspricht, was der Hauptschuldner schuldet, anders als der fideiussor behandelt werden müsse,[96]) und es will mir daher auch nicht einleuchten, wie Brinz und mit ihm neuestens Geib hieraus den Schluss ziehen kann, es fehle dem constitutum vollkommen das korreale und das solidarische Element.

Die Gründe, welche Geib hierfür anführt:[97]) dass die Verpflichtung des Konstituenten durch eine spätere Erweiterung der Hauptschuld nicht affiziert wird, dass der Konstituent für ein aliud oder ein tempore oder loco durius haften kann,[98]) beweisen nicht; sie sind m. E. mit der Solidarität wohl vereinbar. Nur das ist zuzugeben, dass die Konstitutsobligation nicht in dem Masse

[94]) Eisele Archiv f. d. civ. Prax. 79 S. 367.

[95]) l. 36 D. de iureiur. 12, 2. Nicht verständlich ist mir, wie Brinz a. a. O. N. 31 diese Stelle für die gegenteilige Ansicht verwenden kann.

[96]) Brinz II § 257 zu N. 30, der übrigens zugibt, dass dies materiell „auf dasselbe hinausläuft".

[97]) S. 181 a. E.

[98]) l. 1 § 5; l. 21 § 2 D. de pec. const. 13, 5; l. 3 § 2; l. 5 pr.; l. 4 D. eod.; Bruns a. a. O. S. 99, 100.

accessorisch ist, wie die fideiussio, welche alle Schicksale der Hauptobligation notwendig teilt.[99]) Aber trotz der genannten freien Behandlung des Konstituts ist dasselbe immer ein „constitutum debiti"; d. h. es entnimmt seinen Inhalt einer bestehenden Obligation.

So wenig wir hierbei zugeben können, dass das constitutum keinen neuen Forderungstitel begründe, sondern dem Kläger nur einen neuen Beklagten verschaffe, weil uns diese Annahme[100]) einen inneren Widerspruch zu enthalten scheint, so sehr müssen wir behaupten, dass die Verpflichtung, eine fremde Schuld zu bezahlen, gerade die Identität dieses debitum mit dem fremden debitum begründet. Man wird nicht in Abrede stellen, dass die Erfüllung der Konstitutsschuld auch die konstituierte Schuld ipso iure untergehen lässt; ebenso aber, dass die Erfüllung der letzteren auch die erstere tilgt. Man wird mir erwidern, dass der Hergang dieser Tilgung ein anderer sei als bei den solidarischen Obligationen, dass, während bei dieser jeder Schuldner verpflichtet sei, nur seine, nicht des Mitschuldners Obligation zu erfüllen, beim constitutum der Konstituent gerade eine fremde Schuld erfüllen und sich dadurch mittelbar von seiner eigenen Schuld befreien müsse. Also wäre die Sache gerade umgekehrt, wie bei der Solidarität. Bei dieser ist die Tilgung der fremden Obligation Reflexwirkung; beim constitutum die Tilgung der eigenen!

Ich halte diesen Einwand nicht für erheblich. Geht man von der nicht wohl anzugreifenden Voraussetzung aus, dass durch das constitutum eine neue Obligation begründet wird, so kann ihren Gegenstand nur die Erfüllung dieser Obligation bilden. Der Konstituent, der leistet, erfüllt immer zunächst, eben weil er als Konstituent erfüllt, seine eigene Verbindlichkeit, und nur mittelbar, weil seine Verpflichtung darin besteht, eine andere Schuld zu erfüllen, wird der Untergang dieser letzteren bewirkt.

Der juristische Vorgang ist also bei der solutio einer konstituierten Schuld der nämliche, wie bei einer anderen Solidarobligation; er ist also auch nur auf die nämliche Weise juristisch

---

[99]) Man wird jedenfalls insofern auch beim Konstitut von Accessorietät reden dürfen, als dasselbe nicht ohne eine andere Obligation entstehen kann. Hierdurch wird sich auch die systematische Behandlung des Konstituts in diesem § genügend rechtfertigen.

[100]) S. Kappeyne van de Coppello a. a. O. S. 268 ff. Die l. 9 § 2 D. de R. C. 12, 1, auf welche sich derselbe beruft, setzt gerade voraus, dass der alieno nomine zu Belangende „obligiert" ist.

zu begründen. Das Individualisierungsmoment der Person spielt hier so wenig wie dort eine Rolle; die Leistung ist die nämliche, mag sie dieser oder jener vornehmen.

Demgegenüber kann es nicht darauf ankommen, dass der Konstituent „aliam rem" oder „rem pro re" konstituieren kann,[101]) während die fideiussio in aliam rem nichtig ist.[102]) Bei der fideiussio hat dies seinen Grund darin, dass formell der fideiussor überhaupt keine Leistung verspricht, vielmehr nur eine fremde Leistung garantiert. Rem pro re garantieren hat keinen Sinn. Dagegen zeigt die l. 1 § 5 de pecunia constituta, dass die Identität der Leistung auch beim constitutum als regelmässige Voraussetzung gedacht war und dass nur der Gesichtspunkt der datio in solutum, oder richtiger, der vertragsmässigen Identifizierung der Leistungsgegenstände die Konstituierung einer „alia res" zuliess. Mit Recht hebt daher Bruns hervor,[103]) dass hierin keine „wesentliche" Besonderheit liegt, da sich solche Modifikationen accessorisch und eventuell auch mit der eigentlichen Bürgschaft sehr wohl verbunden denken lassen, wenn sie auch bei der fideiussio formell unzulässig waren.[104])

Auch die anderen Modifikationen der inhaltlichen Identität zwischen Konstituts- und Hauptobligation sind insofern belanglos, als diese Modifikationen des Vertragsinhalts keine Veränderung des Obligationsgegenstandes bewirken, da sich die Bedingung oder Befristung der Hauptobligation von selbst auf die Konstitutsobligation erstreckt.[105])

Ich sehe daher keinen Grund, die Konstitutsobligation als nicht korreal oder solidarisch mit der Hauptobligation anzusehen.

§ 7.

IV. Das Kreditmandat.

Während wir sowohl beim constitutum debiti alieni als auch bei der fideiussio zu dem Ergebnisse gelangt sind, dass diese

---

[101]) l. 1 § 5; l. 21 § 2 D. de pec. const. 13, 5.

[102]) l. 8 § 8 D. de fid. 46, 1.

[103]) Zeitschrift f. Rechtsgesch. I S. 100.

[104]) Keine Solidarität liegt m. E. dann vor, wenn der Bürge nicht „se soluturum", sondern „se satisfacturum esse" konstituiert. Vgl. l. 21 § 2 D. de pec. const. 13, 5.

[105]) l. 19 pr. D. eod.

Obligationen im Verhältnis zur Hauptobligation, sofern man von ihrer accessorischen Qualität absieht, nicht von den anderen (paritätischen) Solidarobligationen verschieden sind und dass sie auch die Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen keineswegs begründet erscheinen lassen, liegt unseres Erachtens keine Korrealität, aber auch keine Solidarität vor zwischen der Obligation des Hauptschuldners und der des Kreditauftraggebers.

Die Obligation des Mandanten ist inhaltlich nicht identisch mit der Obligation des Darlehensschuldners. Während der fideiussor, wenn auch ein accessorisches idem, so doch ein idem schuldet, während infolgedessen die Leistung des Bürgen den Hauptschuldner, die Leistung des Hauptschuldners den Bürgen befreit, und als weitere Konsequenz dieser Identität die Gesamtwirkung der Litiskontestation erscheint, sind beim Kreditmandat weder dieses Begriffsmoment noch seine Folgesätze vorhanden.

Der Bürge schuldet Erfüllung, der Mandatar Ersatzleistung für eine Aufwendung.[1]) Infolgedessen stehen die beiden Obligationen des Darlehensempfängers und des Mandatars nicht im geringsten juristischen Zusammenhang. Wenn daher Ulpian in der l. 28 mandati erklärt, dass durch die Leistung von seiten des Mandatars der Hauptschuldner nicht befreit werde, weil der erstere „propter mandatum suum solvit et suo nomine", so hat dies nicht die Bedeutung, dass etwa der Bürge oder der correus debendi alieno nomine leiste und deshalb der Haupt- und Mitschuldner ipso iure befreit werde; in Bezug auf den Vorgang der Zahlung unterscheidet sich vielmehr die fideiussio vom mandatum qualificatum nicht im mindesten. Sondern es will diese Phrase sagen, dass der mandator eine juristisch von der des Hauptschuldners verschiedene Schuld tilgt, eine Schuld, welche der gegenständlichen Identität mit der Hauptschuld entbehrt.

Da man aber allgemein annimmt, dass der mandator durch seine Leistung den reus nur per exceptionem doli befreit,[2]) so ist damit unsere Beweisführung noch nicht beendet. Es erhebt sich vielmehr die schwierige Frage, wie gerade die Befreiung per exceptionem doli zu begründen ist.

Wir haben bei der fideiussio gesehen, dass häufig der fideiussor das, was der Hauptschuldner zu leisten hat, gar nicht

---

[1]) l. 32 D. mand. 17, 1; l. 47; l. 26 § 2 D. eod.: abesse pecuniam; Brinz II § 257 N. 6.

[2]) l. 28 D. eod.: ipso iure non liberari.

leisten kann, sodass in einer Reihe von Fällen die Leistung des fideiussor keine Erfüllung, sondern eine Ersatzleistung bedeutet. Wenn dennoch die Leistung des fideiussor den Hauptschuldner, wie wir angenommen haben, stets ipso iure befreit, so konnten wir dies nicht anders erklären, als weil der Römer trotz der gegenständlichen Verschiedenheit der Leistungen keine gegenständliche Verschiedenheit der Obligationen angenommen habe. Aber auch das Mandat hat eine Ersatzleistung zum Gegenstand; warum tritt nicht die gleiche Behandlung ein wie bei der fideiussio? Und anderseits: lässt sich die Befreiung ope exceptionis nicht gleichfalls nur aus einer gewissen Identität der Obligationen in Bezug auf ihren Gegenstand erklären?

Diese Fragen tauchen freilich dem, welcher schon die Solidarität der Bürgschaftsobligation verneint, nicht auf; aber für ihn ergibt sich an Stelle dieser die andere Schwierigkeit, die Gesamtwirkung der Leistung seitens des Bürgen entweder zu leugnen, oder auf eine Erklärung derselben zu verzichten. Da uns dieser Standpunkt unhaltbar scheint, so müssen wir versuchen, die verschiedene Behandlung von Kreditmandat und fideiussio zu erklären.

Dabei müssen wir allerdings zunächst zugeben, dass eine Verwandtschaft zwischen der fideiussio und dem Kreditmandat unzweifelhaft besteht. [3]) Aber eine wesentliche Verschiedenheit zwischen beiden Instituten beruht darin, dass die Mandatsobligation mit Notwendigkeit die Ersatzleistung zum Gegenstand hat, während dies bei der fideiussio nicht notwendig, nicht einmal regelmässig der Fall ist. Die Regel ist vielmehr, dass der Bürge an Stelle des Hauptschuldners erfüllt; wie wir gesehen haben, [4]) hat das Geldkondemnationsprinzip dem Römer über die mögliche Verschiedenheit der Leistung hinweggeholfen: die Klage gegen den Bürgen war ganz ebenso gefasst, mochte er nun in der Lage sein, selbst zu erfüllen, oder nur Ersatz leisten können. Ganz anders liegt die Sache beim Mandatum qualificatum.

Das Kreditmandat ist nichts anderes, als jedes andere Mandat; es begründet nur eine rechtliche Beziehung zwischen dem mandator und dem mandatarius. Davon, dass neben dem mandator noch eine andere Person verpflichtet sei, ist keine Rede. Die actio mandati contraria hat denn auch nur zur Voraussetzung,

---

[3]) Was auch den Römern nicht unbewusst war. l. 95 § 10 D. de sol. 46, 3: non liberari debitorem ratio suadet.

[4]) Oben S. 151.

dass infolge des Mandats etwas vom Mandatar aufgewendet wird; sie ist insbesondere nicht durch die Ausführung des Mandats bedingt. Mandats- und Hauptobligation haben infolgedessen keine wesentlichen Berührungspunkte; insbesondere ist der Gegenstand der Mandatsklage ein anderer als der Gegenstand der Hauptklage; es ist Zufall und Ausnahme, wenn die beiden Obligationen thatsächlich auf das Nämliche gehen. Daher tritt die Gesamtwirkung der Litiskontestation hier ebensowenig ein wie die der Zahlung. [5])

Insbesondere würde anzunehmen sein, dass der Mandant nicht dadurch ipse iure befreit wurde, dass der Hauptschuldner rechtzeitig erfüllt; und dies würde damit übereinstimmen, dass die Mandatsobligation keine blosse Haftung ist, sondern von vornherein eine Schuld, welche nicht erst durch die erfolglose Ausklagung des Darlehensschuldners entsteht, sondern primär, neben und vor der Haftung des Hauptschuldners begründet ist. [6]) Wenn trotzdem die Quellen den mandator nur für das haften lassen, „quod a Titio servare non potueris“, [7]) so fragt es sich sehr, ob der Schluss aus diesen Worten auf die Befreiung des Mandatars durch die Erfüllung von seiten des reus begründet ist. [8])

Indessen mag doch der praktische Sinn der Römer über diese theoretische Schwierigkeit hinweggeholfen haben. Der Mandant haftet für eine Aufwendung; diese ist zwar dadurch, dass der Mandatar dem dritten Kredit gewährt, gemacht; aber sie ist durch die Rückzahlung dessen, was der Dritte schuldete, wieder annulliert. Infolgedessen lässt sich der Standpunkt vertreten, dass die actio mandati contraria durch die Leistung des Hauptschuldners ihre objektive Voraussetzung verloren hat, und mithin der Mandator durch diese Leistung befreit sein muss, und zwar ipso iure. [9]) Aber dabei leuchtet ein, dass hier die Befreiung in anderer Weise zu konstruieren ist, als bei der Solidarität. Es ist nicht etwa der identische Zweck der mehreren

---

[5]) l. 13 D. de fid. 46, 1; l. 23 C. eod. 8, 40.

[6]) l. 56 pr. D. mandati 17, 1; Geib, Bürgschaftsrecht S. 154.

[7]) l. 13 D. de fid. 46, 1.

[8]) Die Entscheidung des Julian hat zur Voraussetzung, dass durch die Litiskontestation mit dem reus die Klagencession an den mandator unmöglich geworden ist. Infolgedessen stellt Julian den Erfolg, welchen die Ersatzleistung gegen Cession für den mandator haben würde, auf andere Weise her.

[9]) Vgl. auch Keller, Litiskontestation und Urteil S. 454 N. 3.

Obligationen erfüllt, sondern es hat nur der heterogene Zweck der einen Obligation Befriedigung gefunden, während die andere Obligation untergegangen ist, ohne ihren Zweck erfüllt zu haben, weil dieser Zweck hinfällig geworden ist.[10])

Wenn dagegen die Zahlung seitens des Mandatars dem Hauptschuldner die exceptio doli gewähren würde, wie Brinz annimmt,[11]) so würde dies schlechterdings nur durch die Annahme zu erklären sein, dass in dem mandatum qualificatum dennoch ein solidarisches Moment enthalten wäre. Dann aber steht man vor der weiteren Frage, warum dieses solidarische Moment zur blossen exceptionsweisen Tilgung führt, und diese Frage gestehe ich nicht beantworten zu können. Es scheint mir keine Begründung zu sein, dass „allerdings der Schuldner, wenn Mandant gezahlt hat, gegen die Klage des Gläubigers geschützt wird“; dass dies aber „nur mittels exceptio geschieht, weil es dolos ist, dasjenige zu begehren, wofür man bereits Ersatz hat“.

Anderseits scheint es mir aber auch fraglich zu sein, ob die Quellen diese Annahme bestätigen. Die entscheidenden Worte sind die: „ipso iure non liberari“ der l. 28 mandati; wenn ich auch nicht in Abrede stellen kann, dass diese Worte auf den Gegensatz der exceptio doli hinzuweisen scheinen, so glaube ich doch, dass dies aus anderen Gründen nicht anzunehmen ist. Nach der l. 95 § 10 D. de solut. 46, 3 wird der Schuldner überhaupt nicht befreit, auch nicht per exceptionem:

non liberari debitorem ratio suadet,

und damit steht die Möglichkeit, nach der Zahlung dem Mandatar wirksam die Klage zu cedieren, allein im Einklang. Denn wenn auch die exceptio doli specialis sive praeteriti eine exceptio personae cohaerens ist,[12]) so ist doch jedenfalls die exceptio doli generalis rei cohaerens und steht dem Rechtsnachfolger infolgedessen ebenso entgegen wie seinem auctor.[13]) Unter diesen Umständen würde die Klagecession illusorisch gewesen sein; es würde des nämlichen Umwegs beim mandatum qualificatum wie

[10]) Geradeso, wie die actio depositi untergeht, wenn der Dieb, welcher dem Depositar die Sache gestohlen hat, sie dem Deponenten restituiert.

[11]) Pand. II S. 195 a. E.

[12]) Brinz Pand. II S. 403 N. 7; l. 4 § 33 D. de doli mali exc. 44, 4.

[13]) l. 4 § 33 cit. verb. verumtamen hoc iure utimur und dazu Krüger, Beitr. zur Lehre v. d. exceptio doli I S. 63 N. 76; l. 15 § 3 D. de dolo 4, 3; l. 2 § 1 D. de exc. doli 44, 4; Lenel, edictum S. 405 N. 15.

bei der fideiussio bedurft haben, der Fiktion eines Kaufes der Klagen, um auch der exceptio doli aus dem Wege zu gehen. Daraus, dass die römischen Juristen diesen Weg vermeiden, ganz im Gegensatz zur fideiussio,[14]) lässt sich folgern, dass die solutio des Mandatars dem Hauptschuldner die exceptio doli generalis nicht verschafft, und dies entspricht allein dem Wesen der Mandatsbürgschaft.

Man wird daher dem reus die exceptio doli aus der Leistung des Mandatars versagen müssen, und wird dies um so eher dürfen. als das argumentum e contrario aus der l. 28 cit. jedenfalls nicht zwingend ist. Es besteht ja auch gar kein Bedürfnis nach dieser exceptio; denn welches berechtigte Interesse hat der Schuldner, dass er nicht an den Mandatar, sondern an den Mandanten zahle? Steht er doch mit dem letzteren in keiner rechtlichen Beziehung, die ihn eine doppelte Leistung — im Falle der Versagung der exceptio — befürchten liesse.[15])

III. Kapitel.

Folgesätze des Solidaritätsbegriffes.

§ 8.

I. Solutio. Datio in solutum. Teilleistung.

Die Annahme der Einheit des objektiven Bestandes bei den Korrealobligationen, welche Keller und Ribbentrop für geeignet hielten, um die Gesamtwirkung der Litiskontestation bei diesen, im Gegensatz zu der beschränkten Wirkung derselben bei den „nur solidarischen Verbindlichkeiten“ zu erklären, hat Ribbentrop dazu geführt, eine Reihe von anderen Verschiedenheiten zwischen den beiden Instituten anzunehmen, weniger, weil für diese Verschiedenheiten positive Quellenzeugnisse zu finden wären, als

[14]) Oben S. 147 ff.

[15]) Wie Brinz auch Ribbentrop S. 85; Keller § 56 Anm. 5; Girtanner, Bürgschaft S. 252 f.; wohl auch Geib S. 72 N. 4.

vielmehr, weil einerseits manche Rechtssätze, die man im gemeinen Recht unterschiedslos bei allen Fällen solidarischer Obligationen angenommen hatte, nur für die duo rei promittendi bezeugt waren, und anderseits, sobald man auch diese Sätze als Konsequenzen des Einheitsprinzips betrachtete, für die Solidarobligationen ein argumentum e contrario begründet war.

So hat Ribbentrop nach Kellers Vorgang[1]) zwar angenommen,[2]) dass die Erfüllung bei den Solidarobligationen die gleiche Wirkung habe, wie bei den Korrealobligationen und dass demgemäss auch die mit einem Solidarschuldner vorgenommene Novation, soweit sie eine wahre Befriedigung des Gläubigers enthalte, auch den übrigen Schuldnern zum Vorteil gereichen müsse, eine weitere Parallelisierung der Korrealität und der Solidarität aber abgelehnt, da das, worauf bei den Korrealobligationen die unbedingte Wirkung des Geschäftes für alle beruhe, nämlich die Vorstellung von der strengen Einheit der Verpflichtung, den solidarischen Verhältnissen fremd sei. Savigny, der zuerst nach Ribbentrop dessen zur communis opinio gewordene Lehre eingehender darstellte, argumentiert ganz in der nämlichen Weise wie Ribbentrop, kommt auch zu den nämlichen Ergebnissen und will nur der Novation ziemlich vorbehaltlos die Bedeutung eines Erfüllungssurrogates, und demnach bei den Solidarobligationen die nämliche Wirkung einräumen, wie bei den Korrealobligationen.

Vergebens haben in der Folgezeit einige Schriftsteller, wie Rückert, Fitting, Fritz, die Unrichtigkeit dieser Argumentation und ihrer Folgesätze darzuthun versucht; letztere wurden im Zusammenhang mit den über die Wirkung der Litiskontestation aufgestellten Sätzen die wichtigsten Stützen der Einheitstheorie, wenn sie auch derselben erst ihre Entstehung zu verdanken hatten.

Als aber später unter der Wucht der Argumente die Einheitstheorie aufhörte, herrschende Lehre zu sein, da blieben — merkwürdigerweise — diese Sätze bestehen, trotzdem mit jener Theorie das argumentum e contrario, welches zu ihnen geführt hatte, jeden Schein von Berechtigung verloren hatte.

Es ist die Aufgabe der folgenden Untersuchung, darzuthun, dass die behaupteten Unterscheidungen zwischen der Korrealität und der Solidarität in der That dem römischen Quellenrecht

---

[1]) Litiskontestation und Urteil §§ 52 und 53, bes. S. 448 ff.

[2]) S. 271 f.

fremd sind, dass — abgesehen von der Wirkung der Litiskontestation — eine praktische Verschiedenheit zwischen Korreal- und Solidarobligationen im römischen Rechte niemals bestand. Dann erst wird es möglich sein, auch in diesem letzten Punkte, dem Ausgangspunkt der heutigen Korrealitätstheorie, die herrschende Lehre einer neuen Prüfung zu unterziehen.

Wir beginnen dabei mit der solutio, welche, wie wir im I. Kapitel zu zeigen versuchten, der Ausgangspunkt der klassischen und der justinianischen Juristen war, und welche, wie wir bewiesen zu haben glauben, bei der Korrealität nicht anders wirkt und nicht anders funktioniert, als bei der blossen Solidarität.

Als Rechtsgeschäft kann die solutio nur unter den Personen, welche sie vornehmen, Rechtsgeschäft sein; wir haben gesehen, dass die Befreiung der übrigen Schuldner durch die solutio des einen keine Geschäfts-, sondern nur eine Reflexwirkung sein kann. Trotzdem wirkt die solutio nicht durch exceptio, sondern ipso iure befreiend, bei den Solidarobligationen wie bei den Korrealobligationen, weil durch sie die sämtlichen Obligationen gegenstandslos geworden sind.

Wir haben diesem Ergebnis nichts hinzuzufügen. Wie die solutio wirkt selbstverständlich die gerichtliche Deposition der geschuldeten Summe und die datio in solutum.[3]) Nicht minder selbstverständlich will es uns scheinen, dass auch die Teilleistung den leistenden Schuldner wie seine Mitschuldner ipso iure befreit; jedoch natürlich unter Beschränkung auf den geleisteten Teilbetrag.

Im Gegensatz zu dieser, der herrschenden Lehre entsprechenden Meinung,[4]) hat Goldschmidt[5]) den Versuch gemacht, nachzuweisen, dass die Teilzahlung die Mitschuldner nicht ipso iure befreit, sobald der Gläubiger gezwungen ist, Teilleistungen anzunehmen.[6]) M. E. ist dieser Versuch misslungen. Darin freilich ist Goldschmidt zuzustimmen, dass in Bezug auf diese Frage nicht unterschieden werden kann zwischen Korreal- und Solidarobligationen; aber es ist zu behaupten, dass die Goldschmidtsche

---

[3]) Savigny, Obl. I S. 163 f.

[4]) Savigny a. a. O. S. 161; Mages S. 124; Thöl, Wechselrecht § 179 S. 723 f.; Renaud Archiv f. Wechselrecht VIII S. 294; Cohn in Endemanns Handbuch des H. R. III S. 1013.

[5]) Zeitschr. f. H. R. XIV S. 400 ff.; Iherings Jahrb. XXVI S. 379 ff.

[6]) Über die regelmässige Wirkung der Teilleistung stimmt Goldschmidt (Iherings Jahrb. a. a. O. S. 380 Z. 2) mit uns überein.

Thesis in den Quellen weder für die einen noch für die anderen die mindeste Bestätigung findet.

Wir haben schon oben ausgeführt, dass die l. 51 § 1 D. de fideiuss. 46, 1; l. 5 § 1; l. 37 D. de solut. 46, 3 für dieselbe keinen Beleg bilden;[7]) auch die l. 28 C. de fideiuss. 8, 40 ist keine Stütze für sie, da sie nichts weiter besagt, als dass die mehreren Solidarschuldner auch für eine Restschuld solidarisch haften.[8])

Ferner kann der Umstand, dass in den ll. 3 § 1 D. de duobus reis 45, 2 und 8 § 1 D. de leg. I° die Teilzahlung nur zugelassen, die Wirkung derselben aber nicht erörtert wird, jedenfalls nichts für Goldschmidt[9]) beweisen; anderseits aber möchte das „liberum ei erit ab alterutro reliquum petere" der letztgenannten Stelle doch wohl direkt gegen Goldschmidt sprechen, da der Rest in gleicher Weise von jedem — ab alterutro — und jedenfalls von dem, der die Teilleistung gemacht hat, nicht mehr als der Rest gefordert werden kann.[10]) Was aber die l. 14 pr. D. iudicatum solvi 46, 7 betrifft, so ist sie wohl von Goldschmidt richtig interpretiert; aber inwiefern sich aus der Stelle, bezw. daraus, dass der aus der cautio de re defendenda in Anspruch genommene confideiussor seinen Teil leistet ohne ihn nach nachträglich erfolgter Defension zurückfordern zu können, folgern lässt, dass „die geleistete Teilzahlung des einen Mitbürgen dem Hauptschuldner und dem anderen Mitbürgen nicht zu gute kommt",[11]) ist vollkommen unverständlich. Dass im Falle der l. 14 von den beiden fideiussores de re defendenda nur der eine leistet, und zwar unter Berufung auf das beneficium divisionis, hat nicht den Zweck, die Wirkung der Teilleistung auf die solidarische Obligation zu erörtern, sondern das „nihilominus res defendi poterit" zu begründen. Würde auch der andere Bürge geleistet haben, so würde die cautio rem defensu iri erfüllt sein und eine weitere defensio nicht in Frage kommen können, da

[7]) S. 144 N. 59.

[8]) Die Worte „sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur" — „donec per omnia ei satisfiat" der l. 28 cit. erklären sich durch den Gegensatz „nullo modo electione unius" etc. u. „remanere actiones integras". D. h. sie wollen sagen, dass die sämtlichen Schuldner für den Rest in solidum haften.

[9]) S. 389 a. a. O.

[10]) Wie sollte sich auch dem Gläubiger gegenüber für den Zahlenden oder seinen Solidarmitschuldner die Befugnis begründen lassen, mehr als den Rest zu fordern?

[11]) S. 391/392.

der Kläger „quanti ea res erit" erhalten hat.[12]) Was aber die Frage der Wirkung der Teilleistung betrifft, so wird dieselbe hier nicht anders zu beantworten sein, als im Falle der l. 37 D. de solut.;[13]) d. h. der fideiussor, welcher seinen Teil bezahlt hat, haftet ipso iure auf den Rest mit dem anderen confideiussor weiter, kann sich aber durch exceptio doli gegen die weitere Klage schützen, wie anderseits der letztere sich auf das beneficium divisionis nicht wird berufen können.[14]) Die l. 16 D. eod. aber, in welcher nach Goldschmidt ausdrücklich bezeugt ist, dass die Teilleistung Mitschuldner dann nicht ipso iure befreit, wenn der Gläubiger zur Annahme der Teilleistung verpflichtet ist, handelt gleichfalls nur von der analogen Anwendung der Grundsätze des beneficium divisionis, so dass sich aus der Stelle gar nichts für die Ansicht Goldschmidts ergibt. Das beneficium divisionis schafft aber einen der Teilobligation ähnlichen Zustand; wie der eine Schuldner durch Angebot seiner Quote die Verurteilung, ja schon die Klage von sich abwenden kann, so kann er auch nur pro parte verurteilt werden; und wie seine Teilleistung ihn ganz befreit, so bleibt die Teilleistung für den anderen Solidarschuldner vollkommen wirkungslos. Wir können geradezu sagen, dass das beneficium divisionis eine Teilhaftung ope exceptionis, im Gegensatz zu der regelmässigen ipso-iure-Geteiltheit begründet.

Hieraus lässt sich aber der von Goldschmidt vertretene Satz nicht im mindesten rechtfertigen. Die sämtlichen, von ihm angezogenen Stellen behandeln das beneficium divisionis. Hieraus ein allgemeines Prinzip abzuleiten, geht nicht an, weil ein Ausnahmesatz, als Konsequenz eines Ausnahmesatzes, in Frage steht. Auch die blosse Teilleistung befreit alle Solidarschuldner; aber nur für den Betrag, der geleistet worden ist.[15])

§ 9.

II. Acceptilatio.

Dass die mit einem Korrealschuldner vorgenommene acceptilatio auch die übrigen Korrealschuldner befreit, ist unbestritten

[12]) Lenel edictum S. 419.

[13]) Oben S. 145 N. 59.

[14]) Darüber, dass die cautio in solidum verfällt, siehe Ubbelohde, unteilbare Obligationen S. 168 N. 42b. Dies steht aber der Möglichkeit, die Sache noch zu defendieren, nicht entgegen; die cautio ist im Falle der l. 14 cit.

und nicht zu bezweifeln.[1]) Sehr bestritten und der Erörterung bedürftig ist dagegen die Frage, worauf diese Erscheinung zurückzuführen ist und inwiefern sie die Solidarobligationen von den Korrealobligationen unterscheidet.

Während Ribbentrop[2]) diese Wirkung aus der Idee einer einzigen Obligation mit einer mehrfachen subjektiven Beziehung erklären will und demgemäss die Gesamtwirkung der acceptilatio bei den bloss solidarischen Verbindlichkeiten ablehnt,[3]) während Savigny sich zunächst auf die „streng formelle Natur der Acceptilation“ beruft, aber ihre Solutionsnatur doch nicht ganz von der Hand weist,[4]) haben schon Rückert[5]) und Kuntze[6]) im Gegensatz zu dieser, communis opinio gewordenen Anschauung die fragliche Wirkung mit der Zahlungsnatur der Acceptilation erklärt und diese Ansicht hat eine eingehendere Verteidigung durch Fitting[6a]) gefunden. Wenn Windscheid[7]) gegen dieselbe eingewendet hat, dass diese Erklärung nicht leiste, was sie leisten solle: die Erklärung des inneren Unterschiedes zwischen Korrealität und Solidarität; so ist dieser Einwurf in Anbetracht des von Kuntze vertretenen Standpunktes vollkommen berechtigt: beruhte die Acceptilationswirkung auf der Gleichstellung der Acceptilation mit der Zahlung, so musste entweder anerkannt werden, dass die Acceptilation die nämliche Wirkung bei den Solidarobligationen äusserte,[8]) oder es konnte jene Gleichstellung nur eine sehr äusserliche sein. Weil Kuntze die Verschiedenheit der beiden Obligationsarten nicht aufgeben wollte, war er genötigt, auf die konsequente Durchführung seiner Auffassung zu verzichten: so ist ihm die Acceptilation nicht Erlass, Schenkung oder Quittung,

---

gegen beide Bürgen verfallen; wird aber die Sache dann defendiert, so wird der Bürge, der noch nicht gezahlt hat, gegen die Klage aus der cautio wohl durch exc. doli geschützt sein.

[15]) Die Anwendung dieses Satzes auf den Konkurs (K. O. § 61) ergibt sich von selbst. Vgl. Kohler, Konkursrecht § 59 S. 353 ff.

[1]) l. 2 D. h. t. 45, 2; l. 16 pr. D. de accept. 46, 4; l. 82 § 5 D. de leg. I°; l. 12 § 3 D. de inoff. test. 5, 2; l. 3 § 3; l. 29 D. de lib. leg. 34, 3. Vgl. auch l. 5 § 1 D. de don. int. vir. et ux. 24, 1.

[2]) S. 268 ff.

[3]) S. 272.

[4]) Obl. I S. 170 f.

[5]) Lindes Zeitschrift N. F. XII S. 14.

[6]) Obligation und Singularsuccession S. 178, 182, 191.

[6a]) Korrealobl. S. 40 ff.

[7]) Kritische Überschau VI S. 214 f.

[8]) Was er S. 230 ablehnt.

sondern ausschliesslich Formalgeschäft, und nur deshalb wird sie als Solutionsart bezeichnet, weil sie in ähnlicher Weise wie die naturalis solutio, den Inhalt der Obligation ergreift, indem sie der Obligation ihren Vermögensstoff entzieht. Kuntze lässt also immer noch die Frage offen, warum diese Gleichstellung der acceptilatio und der solutio stattfindet, und warum, sie vorausgesetzt, sie ihre Wirkung nicht auf die Person des Schuldners beschränkt, dem acceptoferiert wird; m. a W. und um mich der Ausdrucksweise Kuntzes zu bedienen, warum sie den Vermögensstoff der anderen Obligation ergreift, auch wenn dieser Vermögensstoff dem Gläubiger nicht in anderer Form (durch die naturalis solutio) zuteil geworden ist.[9])

Glücklicher hat Fitting argumentiert: die Quellen setzen die acceptilatio der solutio gleich; sie ist ihrer juristischen Natur nach Empfangsbekenntnis und nur insofern qualifiziert, als infolge der Formalnatur des Acceptilationsvertrages die Leistung unwiderleglich bewiesen wird. Hieraus ergibt sich die unabweisbare Konsequenz, dass die acceptilatio bei den blossen Solidarobligationen die nämliche Wirkung hat wie bei den Korrealobligationen.[10])

Aber auch diese Argumentation ist nicht unwidersprochen geblieben. Samhaber[11]) hat eingewendet, dass die Funktion der Acceptilation als Erlassvertrag, welche im späteren Recht die überwiegende war, von den Juristen kaum so gänzlich unbeachtet geblieben wäre, und dass die Quellen, wenn sie die acceptilatio mit der solutio vergleichen, nur ihre Wirkung, nicht ihren Inhalt im Auge gehabt haben. Und Windscheid vollends erklärt die Meinung Fittings für vollkommen unhaltbar:[12]) ihr Fehler liegt nach ihm darin, dass Fitting die Bedeutung der Acceptilation auf das Niveau des Beweises herabdrückt, während sie in Wahrheit eine Willenserklärung ist, die Erklärung, das Forderungsrecht aufheben zu wollen, welche sich in die Form des Empfangsbekenntnisses kleidet. Windscheid zieht gegen Fitting auch den contrarius consensus an und macht geltend, dass bei diesem die Annahme einer Befriedigung des Gläubigers ohne jede Berechtigung wäre.

Letzteres wird man zugeben müssen; aber es fehlt an jedem

---

[9]) Das gilt auch von der neuesten Äusserung Kuntzes in s. Obligationen und ius extraord. S. 159.

[10]) Gegen letztere Folgerung Stintzing krit. Vierteljahrsschr. I S. 517.

[11]) Korrealobligationen S. 93 f.

[12]) Krit. Vierteljahrsschrift III S. 170 f.

Anhalt dafür, dass der contrarius consensus ebenso wirkt wie die acceptilatio, sobald eine Korrealobligation in Frage steht. Dieses Argument Windscheids ist also gänzlich belanglos; denn es müsste eben feststehen, dass es die Eigenschaft der acceptilatio als contrarius actus ist, welche die fragliche Wirkung hervorbringt, damit auf die Wirkung des contrarius consensus ein Schluss gezogen werden könnte. Da dies aber nicht feststeht, vielmehr der Grund jener Wirkung eben der strittige Punkt ist, kann der contrarius consensus für die vorliegende Frage überhaupt nicht in Betracht kommen.

Anderseits ist Windscheid in den nämlichen Fehler verfallen, wie Fitting. Letzterer hält sich einseitig an die Form der Acceptilation, Windscheid ebenso einseitig an ihren Inhalt.

Für uns muss der Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, warum der Acceptilation ihre Gesamtwirkung zukommt, die Bemerkung bilden, dass im allgemeinen Rechtsgeschäfte, seien es begründende, seien es zerstörende, nur unter den Personen wirken, welche sie vorgenommen haben.

Von diesem Gesichtspunkt aus scheint mir zunächst jedenfalls die Einheitstheorie völlig ungeeignet, die Wirkung der Acceptilation zu erklären. Denn selbst wenn wir die Einheitstheorie im Keller-Ribbentropschen Sinne für acceptabel halten würden, so könnten wir doch nicht darüber hinauskommen, dass, weil die acceptilatio Rechtsgeschäft ist, sie als solches nur inter partes wirken kann; sagt man, sie treffe die Obligation in ihrem objektiven Bestande, so erklärt dies nichts; denn es ist die Frage, wieso sie dies kann, wenn sie nicht von allen oder für alle vorgenommen ist.[13])

Die Unmöglichkeit, diese Ausnahme von der Regel, dass Rechtsgeschäfte nur inter partes wirken, aus der Ribbentropschen Theorie zu erklären, hat die Vertretungstheorie von Brinz und Waldner[13a]) hervorgebracht. Aber auch diese geben auf unsere Frage keine Antwort; denn selbst wenn der Ausgangspunkt richtig wäre, dass neben der Nebeneinanderhaftung die Füreinanderhaftung in der Korrealität enthalten wäre, so würde damit nicht auch ohne weiteres ein Füreinanderhandeln gegeben sein. Vielmehr wäre dazu ein weiteres Moment, das Füreinanderhandeln wollen, erforderlich; aber es hiesse mit einer Fiktion operieren, wollte man die Gesamtwirkung der Acceptilation

[13]) Vgl. Brinz, krit. Bl. IV S. 5 Abs. II.

[13]a) Die korreale Solidarität S. 91 ff.

auf den Geschäftsführungswillen des Schuldners, der sich acceptoferieren lässt, zurückführen.[13b])

Wenn wir aber annehmen, dass der Schuldner, wie es allein der Wirklichkeit entspricht, nur für sich handeln will, wenn er die Frage an den Gläubiger richtet, worin anders kann dann die Wirkung der acceptilatio ihren Grund haben, als in ihrer Solutionsnatur?

Wer freilich in der acceptilatio nur den contrarius actus sieht, der muss die Gleichstellung der acceptilatio mit der solutio zurückweisen. Aber der actus contrarius erklärt nichts, weder bei Annahme einer Einheit, noch einer Vielheit von Obligationen. Man wäre vielleicht versucht, darauf hinzuweisen, dass die Acceptilation ursprünglich das einzige Mittel war, einen Verbalkontrakt zu lösen und hieraus zu folgern, dass die acceptilatio in rem wirken musste, wenn die Mitschuldner überhaupt aus der Korrealität sollten austreten können. Aber diese Argumentation wäre irrtümlich: es konnte ja jedem Schuldner acceptoferiert werden.

Aber es will uns überhaupt übertrieben erscheinen, alles auf die Eigenschaft der acceptilatio als actus contrarius zurückzuführen. Wir sind heute weit davon entfernt, dem actus contrarius die Bedeutung beizumessen, welche ihm ehedem zugemutet wurde. Es ist nicht bewiesen, dass derselbe das einzige ursprüngliche Mittel war, eine Obligation zu tilgen. Das mag zutreffen für die solutio per aes et libram, weil diese einerseits wirklich dem Begründungsakte konträr war, anderseits weil sie ursprünglich wirkliche Solution und zwar die einzige physisch, nicht bloss juristisch mögliche Solution war. Die Darlehnsschuld konnte nicht anders getilgt werden, als durch die Rückzahlung, und die Rückzahlung konnte nur per aes et libram vorgenommen werden.

Diese Bedeutung kann die Acceptilation gar nie gehabt haben. Sie setzt ihrem Wesen und ihrer äusseren Erscheinung nach voraus, dass eine Obligation erfüllt wird und sie enthält

---

[13b]) Waldners Theorie wird durch die Quellen selbst widerlegt; denn es ist ein schlagender Beweis gegen Waldner, dass Ulpian sein „velut solvisse videtur is qui acceptilatione solutus est“ (l. 16 de accept. cit.) zu einem Scheingrund degradiert sehen muss (W. S. 103). Ist ja doch nicht die mindeste Veranlassung, dem „velut“ in der genannten Wendung die Bedeutung der Abschwächung zu geben; es ist vielmehr steigernd zu nehmen: weil die Acceptilation geradezu als Zahlung gilt. Die Frage Waldners: Wie kann man in etwas, was die Acceptilation nicht ist, den Grund ihrer Wirkung setzen? ist damit gegenstandslos.

eine Bestätigung dieser Erfüllung: quod ego tibi promisi, id a me acceptum habesne? acceptum habeo. Sie ist weder Zahlungsakt noch „umgekehrte Stipulation".[14]) Dass sie die solutio als Tilgungsmittel, nicht nur als thatsächlichen Vorgang voraussetzt, wird wohl auch dadurch wahrscheinlich gemacht, dass sie iuris gentium ist,[15]) während die Stipulation iuris civilis, also augenscheinlich um vieles älter ist als die acceptilatio.[16])

Die Folgerung: die Acceptilation musste bei den duo rei promittendi Gesamtwirkung haben, weil sie die ursprüngliche Aufhebungsart war und weil sie daher so wirken sollte, welche zwar nirgends ausdrücklich aufgestellt wird, aber doch allen Angriffen gegen die Verteidiger der Solutionsnatur der Acceptilation zu Grunde liegt, ist demnach schon in ihrer ersten Prämisse nicht wohl haltbar. Der contrarius actus im allgemeinen ist überhaupt kein ursprünglicher Tilgungsmodus, er gehört unzweifelhaft nicht der naiven Periode der Rechtsbildung, sondern einer, wenn auch frühen, reflektierenden Jurisprudenz an. Das beweist am ersten der consensus contrarius: dieser ist in seinem Wesen nicht formelle Tilgung, sondern formlose Rückgängigmachung; wollte man behaupten, dass ein Konsensualkontrakt ursprünglich nur durch diesen actus contrarius civilrechtlich getilgt werden konnte?[17])

Ist dies aber der Fall, dann ist es wahrscheinlich, dass auch die Wirkungen dieses Tilgungsmodus dem Juristenrecht angehören, und insofern gewinnen die Stellen, welche die acceptilatio mit der solutio vergleichen, für uns an Bedeutung.

Was die andere Frage betrifft, wie die acceptilatio zu ihrer Funktion als Aufhebungsvertrag kam, so ist zwar die Ausführung Karlowas,[18]) dass ursprünglich die „naturalis" und die „civilis" solutio[19]) oder die solutio „re" und „verbis" einen einheitlichen Akt bildeten, sehr ansprechend, aber doch nur eine Hypothese. Wenn Karlowa die Ansicht Fittings mit dem Bemerken ablehnt,[20]) es sei nicht einzusehen, warum ein Empfangsbekenntnis wegen

---

[14]) Vgl. Karlowa II S. 812 gegen Keller, Institutionen S. 171.

[15]) § 1 J. 3, 29; l. 8 pr. D. 46, 1; l. 8 § 4 D. accept. 46, 4.

[16]) Karlowa II S. 813 zu N. 1. Dagegen siehe freilich Ermann, zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte 1883 S. 32 f.

[17]) Vgl. Salkowski, Novation S. 30 ff.

[18]) S. 812 ff., 814.

[19]) l. 107 D. de solut. 46, 3.

[20]) S. 813.

seiner formellen Natur unbedingt beweise, so dass die Gegenbeweisführung gegen die behauptete Erfüllung nicht statthaft sei,[21]) so kann dem nur zugestimmt werden. Die Einzahl des Gläubigers und des Schuldners vorausgesetzt, kann nicht die Form, sondern nur der Inhalt des Geschäftes das massgebende sein: die Willenserklärung, den Schuldner freizugeben, weil der Gläubiger empfangen hat und hat (acceptum habeo), was er bekommen sollte. Aber wenn hier zunächst das inhaltliche Moment des Geschäftes die Wirkung äusserte, so ist doch damit diese Wirkung bei einer Mehrheit von Schuldnern noch nicht erklärt. Wenn die acceptilatio in der Erklärung besteht, den Schuldner freilassen zu wollen, was lässt sich daraus für die Mitschuldner folgern, die an der acceptilatio nicht teilgenommen haben?

Die Acceptilation mag ursprünglich reiner actus contrarius gewesen sein, wie unsere älteren Romanisten annehmen, oder ein Produkt der Jurisprudenz, wie ich annehmen möchte, oder sie mag neben der solutio naturalis radial aus einem untergegangenen civilen Tilgungsmodus ausgestrahlt sein — erklärt wird dadurch die Gesamtwirkung der acceptilatio bei den Korrealobligationen noch nicht. Unter keinen Umständen durch die erstgenannte Ansicht. Sobald es sich um eine Mehrheit von Schuldnern handelt, von denen nur einem acceptoferiert wird, muss notwendig neben der dispositiven Seite der Acceptilation ihre formelle Seite in den Vordergrund treten. Dieses Moment wird nur begünstigt durch die Ansicht Karlowas oder die meinige, nach welcher die Acceptilation immer mit der solutio in organischem Zusammenhang stand. Aber durch die Auffassung der Acceptilation als Dispositionsakt wird überhaupt nichts erklärt. Dass der Gläubiger den Schuldner, dem er acceptoferiert, freilassen will, könnte ja gerade den Inhalt haben, dass er sich um so gewisser an die anderen Schuldner halten will; dieser Inhalt wird gerade unmöglich gemacht durch die Form, die dem Geschäft gegeben wird. Weil der Gläubiger bekennt, empfangen zu haben, was ihm geschuldet wird, deshalb und nur deshalb wird der acceptilatio die Gesamtwirkung beigelegt. Zwingend ist natürlich dieser Schluss nicht; aber aus der schwierigen Frage, was für die Schulden der anderen correi gelten soll, hat sich die römische Jurisprudenz mit dieser Folgerung gezogen.

---

[21]) Gegen Fitting auch Ermann S. 55 ff.

Betrachten wir nach diesen allgemeinen Erörterungen die Quellen!

l. 2 D. h. t. 45, 2: Javolenus libro III ex Plautio: cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sint, ipso iure et singuli in solidum debentur [22]) et solidum debent: ideoque petitione acceptilatione [23]) unius tota solvitur obligatio.

l. 16 pr. D. de accept. 46, 4. Ulpianus libro VII disputationum. Si ex pluribus obligatio uni accepto feratur, non ipse solus liberatur, sed et hi, qui secum obligantur: nam cum ex duobus pluribusque eiusdem obligationis participibus uni accepto fertur, ceteri quoque liberantur, non quoniam ipsis accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est.

l. 82 § 5 D. de leg. I°. Julianus libro XXXIII digestorum: qui Gaium et Lucium eiusdem pecuniae reos habebat, si ita legaverit: quod mihi Gaius debet, id heres meus Sempronio damnas esto dare: quod mihi Lucius debet, id heres meus Maevio damnas esto dare, eam condicionem heredis sui constituit, ut is necesse habeat alteri actiones suas, alteri litis aestimationem praestare. Si tamen vivus testator Gaio acceptum fecit, necesse est, ut Sempronii et Maevii legatum inutile sit.

l. 12 § 3 D. de inoff. test. 5, 2. Modestinus libro III respons: Filius testatoris, qui cum Titio eiusdem pecuniae reus fuerat, liberatione Titio legata per acceptilationem Titii liberatus ab actione inofficiosi non summovebitur.

l. 3 § 3 D. de lib. leg. 34, 3. Ulpianus libro XXIII ad Sabinum .... sed si cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promittendi, et mihi soli testator consultum voluit, agendo consequar non ut accepto liberer ne etiam conreus meus liberetur contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor.[24])

[22]) Es wird wohl: singulis debetur zu lesen sein, da zwar deberi von Personen, aber nur den Schuldnern, gebraucht wird. l. 7 § 1 C. 11, 8; l. 49 C. 10, 32. —

[23]) Acceptilationeve Mommsen.

[24]) Nebenbei bemerkt die einzige Stelle, in welcher der Ausdruck „conreus“ gebraucht wird.



l. 29 D. eod. Paulus libro III ad legem Juliam et Papiam: Si is, qui duos reos promittendi habet damnaverit heredem, ut utrosque liberet, si alter ex his capere non possit nec socii sint, delegari debebit is, qui nihil capit, ei cui hoc commodum lege competit: cuius petitione utrumque accidit, ut et hoc commodum ad eum perveniat et is qui capit liberetur. Quod si socii sint propter eum qui capax est et ille capit per consequentias liberato illo per acceptilationem: id enim eveniret etiamsi solum capacem liberare iussus esset.

In diesen Stellen ist ausgesprochen, dass die Acceptilation mit dem einen correus den anderen befreit und zwar mit Rechtsnotwendigkeit, ohne dass es auf den diese Folge beabsichtigenden oder nicht beabsichtigenden Parteiwillen ankäme.[25]) Letzteres beweisen die Stellen, in welchen das Mittel angegeben wird, durch welches die ungewollte Befreiung der anderen correi verhindert wird: es muss entweder an die Stelle der acceptilatio das pactum de non petendo treten oder es wird, wie im Falle des l. 29 cit., ein anderer Umweg gewählt, um den nicht gewollten Erfolg zu verhindern.[26])

Keine von diesen Stellen aber führt die Wirkung der acceptilatio etwa auf die Ribbentropsche Einheit des objektiven Bestandes zurück, sondern als Grund für diese Wirkung geben die Quellen an „velut solvisse videtus is, qui acceptilatione solutus est". Würde damit, wie Windscheid meint, nur hinsichtlich der Wirkung die acceptilatio mit der solutio verglichen, so würde sich Javolenus einer unverzeihlichen Tautologie schuldig gemacht haben. Davon kann also keine Rede sein.[27]) Die Stelle sagt, wie viele andere,[28]) dass die Acceptilation als Zahlung gilt und

---

[25]) Vgl. Mitteis, Individualisierung S. 78 Abs. II.

[26]) Über die l. 29 cit. vgl. unten § 13.

[27]) Ermann a. a. O. S. 70 zu N. 2 hält die Tautologie für nicht unmöglich und verweist auf l. 8 § 3 D. de accept. 46, 4. Aber abgesehen davon, dass die l. 8 § 3 von Ulpian ist, die l. 16 von Javolenus, ist in ersterer die Tautologie nicht so anstössig, als sie in der letzteren sein würde.

[28]) l. 5 D. de accept. 46, 4: solutionis exemplo acceptilatio solet liberare: l. 7 § 1 D. de lib. leg. 34, 3: acceptilatio solutioni comparatur. Letztere Stelle bildet einen wertvollen Beleg für meine Auffassung. Wollte sie sagen, dass die acceptilatio nur insofern der Zahlung gleichstehe, als durch sie die Schuld untergehe, so würde auch hier eine recht triviale Tautologie vorliegen: sie will aber gerade die Gleichheit der Wirkung mit der Gleichheit des Wesens erklären. Diese Gleichheit wird hier kaum in dem materiellen Inhalt, der

infolgedessen die nämliche Wirkung, wie diese, haben muss. Wie also der, qui solutione solutus est, die übrigen befreit, so auch der, qui acceptilatione solutus est.[29]) Die Stelle sagt aber noch ein anderes und wird dadurch zu einem Beleg gegen die Einheitstheorie: die Schulden der anderen correi werden nicht acceptoferiert; dass sie untergehen, ist eine blosse Reflexwirkung, welche die Acceptilation der einen Korrealschuld auf die anderen ausübt.[30])

Diese Auffassung allein ist im stande, zu erklären, was sie erklären soll. Die Ribbentropsche Einheitstheorie wird dadurch für diesen Zweck vollkommen unbehilflich, weil sie erstens davon ausgeht, dass die Wirkung der acceptilatio nicht Reflex- sondern Geschäftswirkung ist und zweitens die Geschäftswirkung mit der Mehrheit der Schuldner unverträglich ist.

Unsere Auffassung dagegen, dass eine Mehrheit von Obligationen infolge der Reflexwirkung eines einfachen Aktes getilgt wird, entspricht allein den realen Verhältnissen; sie nötigt namentlich nicht, dem Schuldner eine Absicht unterzuschieben, die er

---

Freigabeerklärung, gefunden werden können, da dieser in Hinblick auf die decem kaum angenommen werden dürfte, sondern in der Form der Erklärung „acceptum habeo". Gai III 169; § 1 J. 3, 29 u. a. m. — Nur l. 5 D. cit. 46, 4 wird der Windscheidschen Auffassung entsprechen, freilich ohne der unseren Eintrag zu thun.

[29]) Bemerkenswert ist, wie die Römer diese Regel in l. 5 § 1 D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1 anwenden und einschränken. So ist die mit der Ehefrau, welche Korrealschuldnerin ist, vorgenommene acceptilatio des Ehemannes — Gläubigers nichtig, wenn sie donandi causa erfolgt ist; die Folge davon ist, dass sie auch ihrer Reflexwirkung auf den anderen Korreus entbehrt. Ist umgekehrt dem letzteren acceptoferiert worden, so bleibt die Ehefrau obligiert, wenn die acceptilatio donationis causa stattfand. Es wird also hier der an sich vollkommen gültigen acceptilatio die Reflexwirkung versagt, nicht etwa, weil diese acceptilatio Schenkung wäre, denn dann müsste sie überhaupt nichtig sein, sondern weil der Jurist verhindern will, dass durch diese acceptilatio die verbotene Schenkung umgangen werde. Die Einheitstheorie ist mit dieser Stelle nicht in Einklang zu bringen. — Vgl. Baron S. 313 f.; Landucci S. 132 ff. — Das Citat der l. 13 § 9 D. de accept. 46, 4 bei Unger Iherings Jahrb. XXII S. 268 ist mir unverständlich. Denn wenn in dieser Stelle der Hauptschuldner durch die dem Bürgen gewährte Acceptilation nicht befreit wird, so bildet den Grund dieses „non liberari" nicht „ein rechtliches Hindernis", wie Unger sagt, sondern der Umstand, dass der reus überhaupt nicht obligiert war: non tamen reus antiquiore acceptilatione, quam obligatio eius est, liberari potuit.

[30]) Non quoniam ipsis accepto latum est . . . l. 16 D. de accept. cit.

in der Regel nicht haben wird, und die überdies rechtlich irrelevant wäre, weil sie nicht erklärt ist. Der Schuldner, der sich acceptoferieren lässt, tilgt nur seine Obligation und handelt nicht für die Mitschuldner; aber die Erklärung des Gläubigers, dass er erhalten habe, was er zu fordern hatte, bewirkt, dass neben der einen Obligation auch die anderen untergehen.

Von diesem Gesichtspunkt aus ist aber auch die andere Konsequenz unabweisbar, dass die Acceptilation bei allen solidarischen Obligationen die nämliche befreiende Wirkung äusserte. Hier wie dort die nämliche Identität des Gegenstandes, hier wie dort das nämliche befriedigte Interesse.

Einen unmittelbaren Beweis für diese Ansicht finde ich in l. 16 D. de acceptilatione 46, 4,[31]) wo keineswegs nur von duo rei promittendi die Rede ist, sondern ganz allgemein von „pluribus obligatis" und solchen, „qui secum obligantur". Dass im zweiten Satze erst die Korrealschuldner mit „nam" eingeführt werden, bestätigt diese Ansicht: es ist die bekannte Funktion des „nam", einen allgemeinen Satz durch Beispiele zu erläutern, oder aus einem Vordersatz eine Folgerung zu ziehen.[32]) So werden hier die duo rei promittendi und im Anschluss an diese, aber auch im Gegensatz zu ihnen, Hauptschuldner und Bürge aufgeführt.

Noch unzweifelhafter ist dies im Falle der l. 3 § 3 D. de lib. leg. 34, 3,[33]) wo die duo rei nur als Beispiel (puta) für die Gesamtwirkung der acceptilatio aufgeführt werden.

Man hat gegen diese Wirkung der Acceptilation bei den „bloss solidarischen" Obligationen den Einwand erhoben, dass die acceptilatio nur bei Verbalkontrakten möglich gewesen sei; mithin nur bei duo rei promittendi und der fideiussio überhaupt in Frage kommen konnte.[34]) Aber richtig ist nur, dass sie in ihrer ursprünglichen Gestalt auf die solidarischen Obligationen nicht angewendet werden konnte. Indessen konnte insofern die acceptilatio als allgemeiner Tilgungsmodus auch bei der Korrealobligation nicht in Betracht kommen, da ihr die durch Konsensualvertrag oder Testament u. s. w. begründeten Obligationen ent-

---

[31]) Zweifelnd Ermann S. 70 N. 2.

[32]) Vgl. Georges, Handwörterbuch s. h. v.

[33]) Oben S. 175.

[34]) Siebenhaar, Korrealobligationen S. 85 f.; vgl. Schönemann in Lindes Zeitschrift N. F. XIX S. 14.

zogen sind.[35]) Jedenfalls bot auch die stipulatio Aquiliana das Mittel, die Solidarobligationen für die acceptilatio geeignet zu machen und wir dürfen um so sicherer annehmen, dass hierdurch der gewünschte Erfolg auch bei Solidarobligationen erreicht wurde, als ja nach der herrschenden Lehre die novatio, welche durch die stipulatio Aquiliana bewirkt wird, auf das Fortbestehen der nicht novierten Solidarobligation keinen Einfluss ausübt.[36])

Ob freilich dann, wenn die eine zweier solidarischer Obligationen mit der stipulatio Aquiliana noviert und dann acceptoferiert wird, die andere ipso iure vernichtet wird, darüber fehlen uns direkte Quellenzeugnisse. Indessen sind hierher zwei Stellen zu beziehen, welche in diesem Zusammenhang bis jetzt keine genügende Beachtung gefunden haben.

> l. 13 § 7 D. de accept. 46, 4. Ulpianus libro L ad Sabinum: Si fideiussori accepto fuerit latum, cum reus re, non verbis fuisset obligatus, an reus quoque liberetur? et hoc iure utimur, ut licet reus verbis non sit obligatus, tamen acceptilatione per fideiussorem liberetur.
>
> l. 45 D. de administr. et per. tutor. 26, 7. Paulus libro XIV quaestionum: Si pupillus alterum ex tutoribus post pubertatem liberasset, improbe alterum illius nomine conabitur interpellare. idemque dicemus in duobus magistratibus collegis, quorum alterum respublica convenit. Sed haec in magistratibus tractavi, quasi duo rei eiusdem debiti essent omnimodo: quod non ita est. nam si uterque idoneus est, electio locum non habet: is autem, qui tempore liberatus est, non ei similis est qui nihil habet, sed ei qui satisfecit: habet enim quod obiciat petitori.

Die erste der beiden Stellen lässt ersehen, dass die Acceptilation ihre Reflexwirkung äussert, auch wenn die Obligation, welche von dieser Reflexwirkung betroffen werden soll, keine Verbalobligation ist. Ob freilich in allen Fällen und zu allen Zeiten diese Reflexwirkung ipso iure eintrat, ist zweifelhaft, sowohl in Hinblick auf das „hoc iure utimur" der l. 13 § 7 cit.[37]) als namentlich auf die l. 19 D. de accept.

---

[35]) Für Unger, Czyhlarz u. a., welche bei getrennten Stipulationen Solidarität annehmen, entfällt natürlich dieses Argument von vornherein.

[36]) Zu weit geht Schönemann a. a. O., wenn er annimmt, in den Pandekten sei das ursprüngliche Wesen der Acceptilation so gut wie verwischt; sie sei ein Erlassvertrag, welcher auf alle Arten obligatorischer Verhältnisse passe.

[37]) Vgl. Geib S. 73.

Die zweite Stelle enthält den Satz, dass der Mündel, der nach Beendigung der Tutel dem einen Vormund Decharge erteilt hat, „illius nomine improbe conabitur alterum interpellare". Man hat die Stelle als Beleg dafür betrachtet, dass die acceptilatio bei den Solidarobligationen der Gesamtwirkung entbehrt, und wir müssen deshalb auf sie näher eingehen.

Den Angelpunkt der Stelle bildet das „illius nomine alterum interpellare."[38]) Sie handelt nach Ribbentrop[39]) von zwei Vormündern, von welchen der eine vermöge des beneficium excussionis nur subsidiär obligiert ist. Die liberatio, welche der frühere Mündel — durch Acceptilation — hat eintreten lassen, ist dem tutor gerens zu teil geworden; es fragt sich, ob der tutor non gerens noch belangt werden kann. Denn da die Tutoren, auch wenn nur einer von ihnen die gestio hat, solidarisch haften (aber der gerens wegen des beneficium excussionis vor dem non gerens) so liegt insofern ein „alterius nomine interpellari" vor, als der belangte non gerens eben aus den Handlungen des gerens in Anspruch genommen wird. Daraus, dass Paulus diesen besonderen Fall behandelt, schliesst Ribbentrop, dass das „improbe interpellare" nur deshalb von Paulus angenommen werde, weil durch die Befreiung des tutor gerens das beneficium excussionis illusorisch gemacht werden würde. Nur deshalb soll der tutor non gerens durch die exceptio doli geschützt werden, während andernfalls die dem einen Vormund erteilte Decharge gegenüber dem andern vollkommen wirkungslos wäre.

Diese Argumentation ist gewiss nicht unrichtig; aber sie ist nicht zwingend. Ähnlich liegt die Sache jedenfalls auch in dem anderen denkbaren Fall, wenn mehrere tutores gerentes vorhanden waren. Ribbentrop selbst führt die Entscheidung des Paulus zurück auf das Interesse des non gerens, durch die Befreiung des gerens nicht benachteiligt zu werden. Dieses Interesse ist auch vorhanden, wenn mehrere gerentes in Frage stehen Denn diese haben das beneficium divisionis; auch der tutor gerens wird durch die Befreiung des anderen benachteiligt, weil ihm dieselbe das beneficium divisionis entzieht.[39a]) Diese Erwägung

[38]) Landucci S. 49 f.

[39]) Ebenso Windscheid krit. Vierteljahrsschr. III S. 171; Mitteis, Individualisierung S. 74.

[39a]) Wir werden unten zu zeigen versuchen (§ 19, § 21), dass beide beneficia erst dem justinianischen Recht angehören. Unsere Erörterung an diesem Orte beschränkt sich daher auf das justinianische Recht. Aber es

führt mithin dazu, dass die Befreiung des einen von zwei solidarisch haftenden Vormündern dem anderen immer die exceptio doli verschafft, mag er neben oder hinter dem erstgenannten haften. Dabei ist freilich die Annahme nicht unbedenklich, dass der Gläubiger durch die Liberation des einen Vormundes dem andern sein beneficium excussionis und divisionis überhaupt soll entziehen können; näher würde wohl die gegenteilige Annahme liegen, dass der Mündel durch die Befreiung des einen Vormundes nur sich, nicht den andern schädigt. Dies führt uns darauf, dass es möglicherweise nicht das Interesse des Beklagten, sondern des befreiten Vormundes ist, welches dem Beklagten die exceptio doli gewährt. Denn jeder Vormund hat gegen seinen Mitvormund, wenn er solidum geleistet hat, die bekannte „actio utilis" als Regressklage.[40] Der Regress würde die Befreiung des Mitvormundes wieder aufheben; was liegt näher, als die Annahme, dass die exceptio doli hier auf der nämlichen ratio beruht, wie beim pactum de non petendo, von welchem wir noch handeln werden? Daraus würde allerdings wieder folgen, dass die exceptio dann nicht zustände, wenn der Regress ausgeschlossen wäre, so dass sich also der tutor gerens auf die Befreiung des tutor non gerens nicht berufen könnte; dass dagegen in allen anderen Fällen die Befreiung des einen Vormundes dem anderen die exceptio doli gewähren würde.[41]

Aber freilich ist das keine Widerlegung Ribbentrops. Dass die acceptilatio, wenn von ihr die l. 45 überhaupt handelt, bei den Vormündern anders wirkt als bei duo rei promittendi, steht nichtsdestoweniger fest. Jedoch soll unsere Ausführung auch nur zeigen, dass der Acceptilation bei der Solidarobligation der Vormünder ein weiteres Wirkungsfeld zukommt, als Ribbentrop annimmt, und dass seine Argumentation nicht zwingend ist. Für Ribbentrop selbst war dies freilich anders; ihm und den An-

---

leuchtet ein, dass die Argumentation Ribbentrops überhaupt unrichtig sein muss, wenn Paulus den besonderen Fall, den Ribbentrop annimmt, gar nicht im Auge gehabt haben kann. Wir werden darauf unten im § 19 zurückkommen.

[40]) l. 1 § 13; l. 21 D. de tutelae 27, 3 u. a. m.

[41]) Das ergibt sich auch aus l. 41 D. de administ. 26, 7: Quoniam eius iberatio, quod ex tutela percepit aut dolo contraxit, non est relicta . . . contutores recte conveniuntur. Vgl. Ribbentrop S. 79. Wenn Windscheid die Erheblichkeit der ll. 41 u. 45 deshalb verneint (krit. Vierteljahrsschr. III S. 171), weil sie von in subsidium haftenden tutores handeln, so ist zu bemerken, dass Subsidiarität die Solidarität nicht ausschliesst. Vgl. Mitteis S. 74 N. 78.

hängern seiner Einheitstheorie war das argumentum e contrario aus der Korrealobligation der grundlegende und ausreichende Beweis, welcher durch die l. 45 cit. nur eine erwünschte — anscheinende — Bestätigung fand. Für uns ist das argumentum e contrario überhaupt hinfällig, da wir einen Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität überhaupt nicht voraussetzen; dadurch verliert auch die l. 45 ihre angebliche Beweiskraft. Gegen das argumentum e contrario aus dem „illius nomine" interpellare spricht u. E. auch der Umstand, dass die l. 45 den Quaestiones des Paulus entnommen ist, mithin wahrscheinlich ist, dass Paulus einen Einzelfall behandelt, ohne auf die Besonderheit desselben besonderes Gewicht zu legen.

Die Stelle steht also jedenfalls nicht unbedingt der Schlussfolgerung entgegen, welche wir aus den ll. 16 de accept. und 3 § 3 de liberat. leg. gezogen haben. Noch sicherer wäre das allerdings, wenn wir mit Fitting annehmen dürften, dass die l. 45 ebenso wie die l. 41 eod. nicht von der acceptilatio, sondern von dem pactum de non petendo handle;[42]) indes scheint dies uns unwahrscheinlich, wegen der vorbehaltlosen „liberatio", von der die Quellen reden; wir möchten vielmehr annehmen, dass Paulus die Befreiung durch stipulatio Aquiliana und nachfolgende acceptilatio im Auge hat, weil einerseits der testamentarische Erlass, von dem die l. 41 handelt, regelmässig den Erben zur acceptilatio verpflichtete und anderseits die Dechargierung des Vormundes einer der wichtigsten Fälle gewesen sein muss, in welchen die generelle Novation „quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet" der stipulatio Aquiliana zur Anwendung kam.[43])

Dann beweist die Stelle aber für Ribbentrops Ansicht überhaupt nichts. Dass der Vormund aus der seinem Mitvormund gewährten acceptilatio nur die exceptio doli erhält,[44]) kann darauf zurückzuführen sein, dass die nicht novierte Tutalerobligation keine Verbalobligation war; möglicherweise nahm noch Paulus an, dass die Reflexwirkung der acceptilatio auf dritte Personen nur dann ipso iure erfolgte, wenn auch sie Verbal-

---

[42]) Fitting S. 48 gegen Ribbentrop S. 273.

[43]) Vgl. § 2 J. quib. modis obl. toll. 3, 29; l. 18 § 1 D. de accept. 46, 4.

[44]) Dass die exceptio doli in Frage ist, beweist ausser dem Wort „improbe" der l. 45 auch die Stellung des Fragments im Titel de exceptionibus. Vgl. Lenel, Palingenesia I Paulus No. 1389.

schuldner waren,[45]) und diese Ansicht erhält eine Bestätigung durch das „hoc iure utimur“ Ulpians in l. 13 § 7 D. de accept. 46, 4.

Ein letztes, schlagendes Argument gegen die herrschende Lehre aber bildet der Umstand, dass die erste Voraussetzung Ribbentrops unrichtig ist, da Mitvormünder keine Solidarschuldner im Sinne Ribbentrops, sondern wirkliche Korrealschuldner, ebenfalls in der Ribbentropschen Bedeutung, sind. Wir werden versuchen, dies bei Betrachtung der Litiskontestationswirkung zu beweisen.[46])

Unter dieser Voraussetzung ist Ribbentrops Beweisführung jedenfalls ganz hinfällig; die acceptilatio muss an sich im Falle der l. 45 die nämliche Wirkung wie bei Korrealpromittenten haben; wenn sie aber nur per exceptionem wirkt, so kann das auch bei anderen Obligationen, die auch für Rippentrop Korrealobligationen sind, vorkommen, bei Korrealobligationen nämlich, die keine Verbalobligationen sind.[47])

Wir nehmen daher an,[48]) dass die acceptilatio prinzipiell bei allen Gesamtobligationen die nämliche Wirkung äusserte, und dass die schwächere Wirkung nicht deshalb eintrat, weil Soli-

---

[45]) Vgl. l. 19 D. de accept. 46, 4.

[46]) Vgl. unten Kap. IV § 21.

[47]) Vgl. l. 9 pr. D. h. t. 45, 2. Ribbentrop S. 272 führt gegen die Gesamtwirkung der acceptilatio auf Solidarobligationen noch die l. 15 D. de tutelae 27, 3 und die l. 1 C. de transact. 2, 4 an; Windscheid Pand. II § 298 N. 6 will dagegen aus diesen Stellen schliessen, dass gerade der nicht in die Form der acceptilatio gekleidete Erlass bei den blossen Solidarobligationen der Gesamtwirkung entbehrte. Man wird allerdings mit Fitting S. 57 f. annehmen dürfen, dass die beiden Stellen nicht von der acceptilatio handeln; auch Ribbentrop beruft sich auf sie nur per analogiam. Dass diese Analogie aber nicht statthaft ist, ergibt sich daraus, dass wir über die Wirkung der transactio auf duo rei promittendi keine positiven Quellenbelege haben; so dass Ribbentrops ganze Schlussfolgerung in der Luft hängt. Vgl. darüber unten § 11. Überdies handelt die l. 15 cit. gewiss, die l. 1 C. cit. möglicherweise von der actio rationibus distrahendis (arg.: transactio nihil proderit alteri nec immerito, cum unusquisque doli cui poenam sufferat). Wie wir im § 21 nachweisen werden, liegt bei der Deliktshaftung der Tutoren überhaupt keine Solidarität vor, so dass es sich leicht erklärt, warum hier die transactio, selbst wenn sie mittels der stipulatio Aquiliana und der acceptilatio erfolgt wäre, der Gesamtwirkung entbehrt.

[48]) Ebenso Savigny, Obligationenrecht I S. 170; Fitting S. 39 ff.; Baron S. 311; Windscheid, Pand. II S. 143. Abw.: Ermann a. a. O. S. 70 Vangerow III § 573 S. 98; Unger S. 268.

darobligationen vorlagen, sondern weil die acceptilatio ihre Ipsoiurewirkung nur bei Verbalkontrakten äussern konnte.

§ 10.

III. Pactum de non petendo.

Keller hat aus seiner Unterscheidung zwischen der Einheit des objektiven Bestandes und der Mehrheit der subjektiven Beziehungen für die Korrealobligationen den Satz abgeleitet, dass die exceptiones in rem allen Korrealschuldnern zu gute kommen, die exceptiones in personam nur dem einzelnen, in dessen Person sie begründet sind, und diesen Satz in der Weise auf das pactum de non petendo angewandt, dass dasselbe, wenn es in personam abgeschlossen ist, nur dem paziszierenden Schuldner zu gute kommen sollte, während umgekehrt — argumento e contrario! — das pactum in rem allen Korrealschuldnern zu gute kommen sollte.[1]) Ribbentrop hat diese Frage unberührt gelassen; aber Savigny[2]) hat Kellers Ansicht bekämpft und seinerseits behauptet, dass das pactum in rem nur dann für sämtliche Korrealschuldner wirksam sei, wenn die Schuldner untereinander regressberechtigt seien. Die Frage ist bis zum heutigen Tage streitig geblieben; während sich die herrschende Lehre[3]) an Savigny anschliesst, wird der Standpunkt Kellers noch immer von Windscheid[4]) geteilt.

Die Frage ist für uns von grosser Wichtigkeit; denn wenn sich die herrschende Lehre als begründet erweist, entfällt für uns ein weiteres Unterscheidungsmerkmal zwischen den Korreal- und den Solidarobligationen. Dass nämlich bei diesen letzteren

---

[1]) Keller, Litiskontestation und Urteil S. 447—449.

[2]) Obligationenrecht I S. 172.

[3]) Kuntze, Obligation und Singularsuccession S. 195; Girtanner, Bürgschaft S. 504 f.; Fitting S. 93; Arndts krit. Überschau II S. 155, 156; Baron S. 292 ff.; Vangerow III § 573 Anm. 5, II Z. 1; Mitteis, Individualisierung S. 79; Landucci S. 204 f., 151 f.; Krüger, Beiträge zur Lehre von der exceptio doli I S. 130 f.; Scheurl, Beiträge II S. 18 ff.; Brinz, krit. B. IV S. 31, Pand. II S. 174; Unger S. 267; Waldner S. 86, S. 115 N. 111; Weibel S. 40 f. So auch schon Guyet, Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts (1829) N. 11; anders Bülow, Abh. über einzelne Materien (1818) T. II 1. Heft S. 167 ff.

[4]) Pandekten II § 295 N. 4. Ebenso jetzt Mitteis, Grünhuts Zeitschr. XIV S. 445 f.

dem pactum de non petendo keine Gesamtwirkung zukommt, ist allgemein anerkannt.[5])

Dass dann, wenn die Korrealschuldner unter sich regressberechtigt sind, das pactum in rem die angenommene objektive Wirkung hat, ist nach den Quellen nicht wohl zu bezweifeln.

> l. 24 D. de pactis 2, 14: Paulus libro tertio ad Plautium: Sed si fideiussor in rem suam spopondit, hoc casu fideiussor pro reo accipiendus est et pactum cum eo factum cum reo factum esse videtur.
>
> l. 25 pr. eod. Idem libro III ad Edictum: Idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis.

Während im allgemeinen das pactum des Bürgen dem Hauptschuldner nicht nützt,[6]) soll die l. 24 cit. ergeben, dass dies dann anders ist, wenn sich der Bürge in rem suam verpflichtet hat.[7]) M. E. ist dieser Schluss nicht richtig; die Stelle besagt vielmehr, dass der fideiussor in rem suam als reus behandelt wird und dass daher seinem pactum die Wirkung eines von einem Hauptschuldner abgeschlossenen Stundungsvertrages zukommt. Dies allein entspricht dem Wortlaut der Stelle. Sie gibt also über die Frage, wie das pactum wirkt, nur einen mittelbaren Aufschluss, indem sie auf die duo rei promittendi hinweist. Freilich passt dazu die l. 25 pr. nur schlecht, aber letztere passt dafür um so besser zu der l. 23, als deren unmittelbare Fortsetzung sie anzusehen ist,[8]) während die l. 24 von den Kompilatoren an unpassender Stelle eingeschoben ist. Es lässt sich daher aus der l. 24 ein Schluss auf die Wirkung des Paktums auf Korrealobligationen nur im Sinne der herrschenden Lehre ziehen, insofern nämlich der Umstand, dass der Jurist die Gesamtwirkung weder kategorisch bejaht noch verneint, darauf hinweist, dass eben bei den Korrealobligationen das Paktum Gesamtwirkung haben konnte, nicht musste.

Unter dieser Voraussetzung entfällt dann ein weiteres Argument gegen die herrschende Lehre, welches der l. 25 pr. cit. entnommen werden möchte. In dieser Stelle werden duo rei

---

[5]) Vgl. Windscheid II § 298 N. 6. Nur Dernburg, Pand. II § 75 N. 3 ist der Ansicht, dass „in der Regel" der eine Solidarschuldner durch das pactum des anderen nicht befreit wird, und lässt eine weitere Wirkung zu, wenn sie vom Gläubiger beabsichtigt war. Darüber s. unten.

[6]) l. 23 D. de pact. 2, 14.

[7]) Krüger, exceptio doli S. 130 f.; Geib S. 112 N. 1.

[8]) Vgl. Lenel, Palingenesia I Paulus No. 127, 1091.



promittendi und argentarii socii einander gegenüber gestellt; man wird das „sociis“ der l. 25 nicht auch auf die duo rei promittendi beziehen dürfen, da die Argentarier eben nur dann Korrealschuldner sind, wenn sie socii sind, so dass die l. 25 pr. nichts anderes sagen soll, als: das nämliche gilt bei solidarischen Hauptobligationen. Hieraus möchte geschlossen werden, dass, was für den fideiussor in rem suam gilt, auch für Korrealschuldner im allgemeinen gelten müsse. Aber da die l. 24 cit. umgekehrt auf die paritätische Korrealobligation verweist, ist diese Folgerung absolut hinfällig.

Dagegen steht die l. 25 mit der l. 23 in gutem Zusammenhang. Die letztere spricht das Prinzip aus, dass nicht jedem, der ein Interesse an dem pactum eines anderen hat, dieses pactum zu statten kommt, sondern „tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est proficiat“; als Beispiel dafür dient der Fall des Hauptschuldners und seiner Nebenschuldner, wobei der erstere als Paziszent gedacht ist. Wenn hieran die l. 25 das „idem in duobus reis promittendi“ reiht, so wird dabei vorausgesetzt, dass das in der l. 23 definierte Interesse bei diesen Solidarschuldnern anzunehmen sei; es ist daher die l. 25 pr. eingeschränkt zu interpretieren: sofern die Voraussetzung der l. 23 cit. vorliegt.

Damit stimmt vollkommen überein die l. 21 § 5 D. eod.

> Paulus libro III ad edictum: In his qui eiusdem pecuniae exactionem habent in solidum vel qui eiusdem pecuniae debitores sunt, quatenus alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio, quaeritur. et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius qui paciscebatur, interfuit. Itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiet, —

wobei das letztgenannte Beispiel gleichfalls nur unter der Voraussetzung richtig ist, dass der Bürge eine Regressklage gegen den Hauptschuldner hat.

> l. 32 eod. Paulus libro III ad Plautium: Quod dictum est si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem: propter rei personam placuit, ne mandati iudicio conveniatur. igitur si mandati actio nulla est, forte si donandi animo fideiusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fideiussori.

Auf dem nämlichen Prinzip beruht die l. 9 § 1 i. f. D. h. t. 45, 2 (Papinianus libro XXVII quaestionum):

> quare si socii sint et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum proderit,

wenn diese Stelle auch das pactum de culpa remissa im Auge hat.[9])

Dass hiernach die exceptio pacti dem correus non pacisceus dann zu gewähren ist, wenn die correi regressberechtigt sind, ist zweifellos; damit ist aber zugleich anerkannt, dass die exceptio pacti nur unter dieser Voraussetzung gewährt wird; denn welchen Sinn hätte sonst das Hervorheben derselben?

Zu dem gleichen Ergebnis führt die oben[10]) besprochene l. 3 § 3 D. de lib. leg. 34, 3, welche ausdrücklich die Wirkung des pactum de non petendo im Gegensatz zur Acceptilation behandelt. Wenn einem Korrealschuldner die Schuld testamentarisch erlassen wird, so erfolgt die Befreiung nicht durch Acceptilation, damit nicht auch der andere Schuldner befreit werde, sondern durch pactum de non petendo. Damit ist gesagt, dass an sich das pactum keine Wirkung auf den Korreus äussert. Allerdings scheint der folgende Satz der Stelle das Gegenteil auszusprechen: Wenn die correi socii sind, so kann der honorierte Korreus die Befreiung durch acceptilatio fordern, weil sonst der Legatar der Regressklage seines Mitschuldners haftet, mithin nicht befreit scheint. Man möchte daraus schliessen, dass das pactum de non petendo nicht genüge, um den Regress mittelbar auszuschliessen, d. h. dem correus non pacisceus, auch wenn er socius ist, nicht zu statten komme. Allein man muss davon ausgehen, dass die Befreiung durch acceptilatio bei der liberatio legata die Regel ist; fällt der Grund weg, warum sich der Anspruch des Legatars auf den Abschluss eines pactum de non petendo reduziert, so tritt wieder sein Recht auf Befreiung ipso iure ein, und dies ist hier der Fall, weil das pactum die gleiche Wirkung haben würde wie die Acceptilation.[11]) Ferner die l. 34 § 11 D. de sol. 46, 3 (Julianus libro LIV digestorum):

> Qui perpetua exceptione se tueri potest, solutum repetit et ideo non liberatur. quare si ex duobus reis promittendi alter pepigerit, ne ab eo peteretur, quamvis solverit nihilominus alter obligatus manebit,

aus welcher sich ergibt, dass das pactum im allgemeinen keine

---

[9]) Vgl. Seuffert, Pand. § 291 N. 2a; Windscheid, Pand. II § 295 N. 4.
[10]) S. oben § 9 S. 175 f.
[11]) Ihering in seinen Jahrbb. X S. 279 f. Unrichtig Landucci S. 204.

Gesamtwirkung äussert und infolgedessen der correus non paciscens trotz des mit seinem Mitschuldner abgeschlossenen Stundungsvertrages belangt werden kann.[12])

Wenn sich demgegenüber Windscheid auf die ll. 25 § 2 u. 26 D. de pactis beruft, um aus denselben dem correus wenigstens eine exceptio doli zu gewähren, so ist nicht einzusehen, wie dieselben gegen uns irgendwie beweisen könnten. Die erstere versagt dem Hauptschuldner die exceptio aus dem Paktum des Bürgen schlechthin und gewährt ihm nur „plerumque“ die exceptio doli; das „plerumque“ wird von Ulpian in der l. 26 dahin erläutert: „si hoc actum est ne a reo quoque petatur“. Dieses pactum ist also ein Vertrag zu gunsten des reus; das „actum“ von etwas anderem zu verstehen, als von ausdrücklicher Willenserklärung, dafür besteht keine Veranlassung. Die Parteien vereinbaren, dass das pactum zu gunsten eines Dritten wirke; das ist an sich nicht möglich; aber der Jurist gewährt an Stelle der exceptio pacti die exceptio doli.[13]) Vollkommen unbegreiflich aber ist Windscheids Berufung auf l. 34 pr. de receptis 4, 8, welche die Wirkung des Schiedsvertrages auf die übrigen correi ausdrücklich davon abhängig macht, dass sie socii des Vertragschliessenden sind.[14])

Auch Mitteis hat neuerdings angenommen,[15]) dass dann, wenn die Korrealschuldner nicht socii sind, das pactum Gesamtwirkung nach den Grundsätzen der exceptio doli haben müsse, und formuliert das zu behandelnde Problem, als dessen Ergebnis dieser Satz erscheint, dahin, „ob man einen befreienden Vertrag zu gunsten eines Mitschuldners schliessen kann, an dessen Befreiung man kein pekuniäres Interesse hat“.

M. E. ist diese Frage schon in ihrer Redaktion verfehlt. Durch ihre Fassung wird sie auf ein Gebiet hinübergeführt, wohin sie nicht gehört: auf das Gebiet der Verträge zu gunsten dritter Personen. Immer handelt es sich bei den letzteren um die Frage, ob eine dritte Person aus einem Vertrage berechtigt werden kann, der von anderen Personen, aber in ihrem, der ersteren, Interesse, abgeschlossen wurde. Hier dagegen handelt es sich darum, welche Wirkung das pactum hat, welches ausschliesslich im eigenen Interesse abgeschlossen worden ist. Dass

[12]) Fitting S. 94 N. 114.

[13]) Baron S. 298 f.

[14]) Über die l. 34 vgl. den folgenden §.

[15]) Grünhuts Zeitschr. XIV S. 446 ff.

das pactum de non petendo in rem dem Dritten die exceptio pacti gewährt, geschieht nicht, weil diese Wirkung von den Vertragsparteien gewollt ist, sondern obwohl sie nicht gewollt ist; keine Vertrags- sondern wieder eine Reflexwirkung, welche deshalb stattfindet, damit der Vertrag selbst nicht illusorisch sei.

Wenn Julian in l. 25 § 2 dem reus aus dem pactum des Bürgen die exceptio doli gewährt, so ist allerdings „nicht leicht zu sagen, was Julian dabei gedacht hat“;[16]) soviel ist aber sicher, dass Ulpian dieser Meinung nicht war und dass die Kompilatoren dieser Meinung nicht waren; mehr zur Korrektur, als zur Erläuterung fügten sie das „si hoc actum est“ des Ulpian hinzu. Damit aber stellten sie die Frage, die Julian behandelte, auf eine ganz andere Grundlage, als die ist, auf der sich Julian bewegte und die auch für uns die Grundlage bildet; damit, dass sie — mit Ulpian — die exceptio doli gewährten, „si hoc actum est“, haben sie die exceptio doli als Reflexwirkung versagt.

Es ist infolgedessen nicht recht verständlich, wie Mitteis annehmen kann, dass die Frage, die er an die Spitze seiner Erörterung gestellt hat:[17]) ob das pactum auch dann Gesamtwirkung hat, wenn die correi nicht regressberechtigt sind, aus dem Gesichtspunkt eines Vertrages zu gunsten Dritter beantwortet werden könnte; diese und die Frage: ist ein Vertrag zu gunsten des dritten correus möglich? schliessen sich vielmehr gegenseitig vollkommen aus, weil die Bejahung der einen die Verneinung der anderen bedeutet.

Das freilich ist Mitteis zuzugeben: der Gesichtspunkt der stellvertretenden negotiorum gestio ist hier nicht ausreichend,[18]) weder für die eine, noch für die andere Frage: Wird die negotiorum gestio angenommen, so liegt keine Gesamtwirkung (als Reflexwirkung) vor; aber auch kein Vertrag zu gunsten Dritter; und Ulpian nimmt gewiss an, dass das Handeln des fideiussor genügt; dass es einer Ratihabierung seines Geschäftes durch den reus nicht bedarf.[19])

---

[16]) Krüger, exc. doli S. 130.

[17]) S. 445.

[18]) Mitteis S. 446.

[19]) Die l. 62 de pactis 2, 14, welche Mitteis heranzieht, ist für unsere Frage vollkommen belanglos. Vgl. über die Stelle Ihering Jahrb. X S. 258 ff. Die Stelle geht davon aus, dass regelmässig das pactum des reus dem Bürgen zu statten kommt, und dass der reus diese Reflexwirkung nicht wieder beseitigen kann.

Mitteis beruft sich auch auf die Billigkeit seiner Anschauung: es sei unerhört, dass der Gläubiger, der die Schuld auf der einen Seite erlässt, sie auf der anderen wieder geltend mache, auch wenn zwischen den Gesamtschuldnern kein Regress bestehe.

Auch dagegen ist Widerspruch zu erheben. Wenn es nämlich auch richtig ist, dass die exceptio doli als universellstes Rechtsmittel stets da, wo andere Hilfe versagte, als Hilfsmittel gegen die Unbilligkeit benutzt wurde, so setzt ihre Gewährung doch voraus, dass die Römer im konkreten Falle eine Rechtsfolge als unbillig empfanden. Unbillig erschien ihnen, dass der reus, für den der Bürge paziszert hatte, sich auf dieses pactum nicht sollte berufen dürfen; unbillig wohl auch, dass, wenn der Korreus in seinem und seines Mitschuldners Namen das pactum geschlossen hatte, dasselbe nur jenem, nicht diesem zu gute kommen sollte. Aber wenn der Gläubiger das pactum mit dem einen nur deshalb geschlossen hatte, weil er den anderen belangen wollte, so kann dies doch nimmer die Folge haben, dass diesem anderen „aus Billigkeitsrücksichten" die exceptio doli gewährt wurde! Überdies finden wir in den Quellen keinen Anhalt für die Annahme von Mitteis; unsere Auseinandersetzung mit Mitteis aber zeigt, dass Billigkeitserwägungen häufig sehr subjektiver Natur sind, weshalb uns ihre Zuhilfenahme da, wo sie nicht in den Quellen anerkannt sind, bedenklich erscheinen möchte. —

Wenn wir demnach Grund zu haben glauben, uns hinsichtlich des pactum de non petendo in rem der herrschenden Lehre anzuschliessen, so haben wir nunmehr die Frage zu untersuchen, wie es sich mit der Wirkung des pactum in personam verhält.

Man nimmt in der Regel an, dass das pactum in personam jeder Reflexwirkung auf den Mitschuldner ermangele, auch wenn er der socius des Paziszenten ist.[20]) Gegen diese Meinung scheint aber der Umstand zu sprechen, dass die ratio, welche im Falle eines Regressanspruches die Reflexwirkung des pactum in rem auf die Mitschuldner veranlasst, ebenso bei dem pactum in personam zutrifft. Auch dieses wird für den Paziszenten illusorisch, wenn der belangte Mitschuldner gegen ihn Regress nimmt.

Dennoch spricht die l. 25 § 1 de pactis von Paulus kategorisch aus:

---

[20]) Fitting S. 93; Windscheid II § 295 N. 4 a. A.; Vangerow III § 573 N. 5 II Z. 2a; Baron S. 293 u. a.

> Personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem, Labeo ait,

und ebenso sagt Ulpian in der l. 22 eod. im Anschluss an die l. 21 § 5 i. f. eod. von Paulus:

> Debitoris conventio fideiussoribus proficiet, nisi hoc actum est, ut dumtaxat a reo non petatur, a fideiussore petatur: tunc enim fideiussor exceptione non utetur.[21])

Man wird daher in der That annehmen müssen, dass das pactum in personam niemals eine Gesamtwirkung äussern konnte, und wird dies damit erklären können, dass der Gläubiger regelmässig das pactum in rem wählen wird, um den Paziszenten sicher zu stellen, dass anderseits das pactum in personam zwar einen sehr zweifelhaften Erfolg hat, aber doch immerhin nicht ganz wirkungslos ist und der Gläubiger, der überhaupt nicht paziszieren muss, nicht genötigt werden kann, um des einen Schuldners willen auch auf den anderen zu verzichten. —

Wenn wir uns daher bezüglich der Korrealobligationen in jeder Beziehung der herrschenden Lehre anschliessen, so fragt es sich noch, welcher Anteil an der Reflexwirkung der eigentümlichen Natur der Korrealität zukommt. Denn wenn auch diese Wirkung nicht immer dann eintritt, wenn eine Korrealobligation vorhanden ist, sondern nur dann, wenn die Korrealschuldner regressberechtigt sind, so würde doch offenbar die Behauptung zu weit gehen, dass diese Wirkung nur auf dem Regress-, nicht auf dem Korrealverhältnis beruhte. Damit vielmehr das Regressverhältnis diese Wirkung äussern kann, ist es notwendig, dass ein Korrealverhältnis vorliegt; nicht etwa im Sinne Ribbentrops und seiner Schule, sondern in unserem Sinne, eine Mehrheit von Obligationen mit objektiver Identität, ohne welche ja auch ein Regress nicht denkbar ist. Ohne diese Identität würde die Frage, ob der Gläubiger d a s, w a s er infolge seines Paktums mit dem einen Schuldner von diesem nicht fordern kann, von dem anderen fordern darf, gegenstandslos sein.

Damit haben wir zugleich die Frage beantwortet, was in Bezug auf das pactum bei den „blossen Solidarobligationen" zu gelten hat. Ist nicht die Korrealität, sondern die Sozietät die Ursache der besprochenen Erscheinung, welche zu ihrer Wirksamkeit nur einer Voraussetzung bedarf, die bei den „blossen

[21]) Die ll. 40 pr. u. 57 § 1 D. eod., auf welche sich Fitting S. 93 u. die l. 3 § 3 D. de lib. leg. 34, 3, auf welche sich Windscheid bezieht, sind für uns belanglos.

Solidarobligationen“ nicht minder wie bei den „Korrealobligationen“ zutrifft, so muss die Frage bei jenen die nämliche Beantwortung erfahren, wie bei diesen: dem nicht paziszierenden Solidarschuldner wird nur dann die exceptio pacti gewährt, wenn sein Regress gegen den Paziszenten das mit diesem geschlossene Paktum illusorisch machen würde.

Diese Ansicht wird zwar von der Mehrzahl der Schriftsteller nicht geteilt.[22]) Indessen ergibt sie sich aus den Quellen u. E. als unzweifelhaft richtig.

Würde Fittings Annahme zutreffen, dass die l. 45 D. de administr. 26, 7 vom pactum de non petendo handle,[23]) so würden wir, vorausgesetzt, dass die mehreren Tutoren mit der herrschenden Lehre als „blosse Solidarschuldner“ zu betrachten wären, in ihr einen vorzüglichen Beleg für unsere Ansicht haben, da es immerhin möglich wäre, die Gewährung der exceptio doli in dieser Stelle auf den Regress unter den Mitvormündern zurückzuführen.[24]) Indessen glaubten wir die Annahme Fittings ablehnen zu sollen, und damit entfällt die Beweiskraft der Stelle.

Dagegen spricht für unsere Ansicht die l. 21 § 5 und die l. 25 pr. de pactis 2, 14, sowie die l. 3 § 3 D. de lib. leg. 34, 3. Zugegeben, dass unter denen, „qui eiusdem pecuniae debitores sunt“ der l. 21 § 5 Korrealschuldner zu verstehen sind, so enthält doch der darauf folgende Satz, der die Frage „quatenus alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio“ beantworten soll, eine bedeutsame Verallgemeinerung in den Worten „omnibus prosunt quorum — interfuit“, wie die sofortige Hinzufügung des Beispiels des Bürgen beweist, an welches sich die duo rei in l. 25 pr. als weiteres Beispiel anschliessen. Und ebenso bezieht sich das „si socii simus“ der l. 3 § 3 cit. nicht allein auf das vorher behandelte Beispiel „puta duo rei fuimus“, sondern auf den allgemeinen Fall „si cum alio sim debitor“, von dem dieses Beispiel nur eine Anwendung bildet.[25])

---

[22]) Vgl. Windscheid, Pand. II § 298 N. 6 auf Grund der l. 15 D. tutelae 27, 3 u. l. 1 C. de transact. 2, 4. Anders nur Mitteis, Individualisierung S. 79 u. Grünhuts Zeitschrift XIV S. 445.

[23]) S. 48 N. 52. Vgl. oben S. 182 N. 42.

[24]) Oben S. 181 N. 40 f.

[25]) Von einem von uns allerdings nicht geteilten Standpunkt aus bildet auch die l. 27 pr. de pactis 2, 14 in Verbindung mit der l. 25 pr. eod. ein Argument für unsere Ansicht. Karlowa, R. Rechtsgeschichte II S. 725 folgert

Anderseits können wir dem regresslosen Solidarschuldner im Gegensatz zu Mitteis [26]) die exceptio doli ebensowenig zubilligen, wie dem Korrealschuldner. Denn auch hier kann es sich nicht um einen Vertrag zu gunsten Dritter handeln; die Billigkeitsgründe aber, die Mitteis aus der Fiktion des „allgemeinen Erlasswillens" hervorholt, glauben wir hier ebensowenig acceptieren zu dürfen wie bei den Korrealobligationen.

Zum Schlusse müssen wir uns auch hier mit Waldner beschäftigen. Wie bei der Acceptilation, so kehrt Waldner beim pactum mit Hintansetzung einer Untersuchung über die objektive Wirkung des pactum zunächst die Legitimationsfrage hervor. „Man ist darüber ziemlich einig, dass korreale Stellung legitimiere, gesamtbefreiend zu paziszieren, wenn die dahin gerichtete Absicht vorhanden ist." [27]) Schwierig ist für ihn nur die Frage, wie man sich bei unzulänglichem Willensausdruck zu entscheiden habe. Dies will Waldner aus dem Wesen des Korrealverhältnisses, nicht aus der dem Gläubiger verborgenen Innenlage beantwortet wissen: „Wie kann und darf die Wirkung eines Vertrages, der über ein Obligationsverhältnis eingegangen ist, aus einem anderen Obligationsverhältnisse hergeleitet werden, in dem der Gläubiger gar nicht steht und von dessen Existenz er nicht einmal Wissenschaft hat?"

Gegen diese Argumentation ist zunächst zu wiederholen, dass die hier zu behandelnde Frage überhaupt keine Legitimationsfrage ist. Denn es handelt sich nicht um einen Vertrag zu gunsten eines Dritten, infolgedessen auch nicht um eine Interpretationsfrage. Diese letztere, und damit die Legitimationsfrage, kommt vielmehr erst dann in Betracht, wenn der correus für den anderen handeln zu wollen erklärt, und dann entfällt einerseits das Erfordernis der Regressbeziehung; anderseits erhält der correus non paciscens nicht die exceptio pacti, sondern doli.

Was aber die Erklärung aus dem Korrealverhältnis selbst betrifft, so scheint uns dieser Weg vollständig zu versagen. Es ist eine blosse Behauptung Waldners, dass Schuldner, welche ein-

---

aus der ersteren, dass die argentarii socii blosse Solidarschuldner sind, weil sie nicht novieren können (dagegen s. unten § 13); trotzdem werden sie in l. 25 pr. cit. den duo rei promittendi gleichgestellt, indem ihnen — verb. mit ll. 21 § 5, 22, 23 — mit der nämlichen Begründung und dem nämlichen Vorbehalt wie diesen — die Reflexwirkung des Paktums gewährt wird.

[26]) Grünhuts Zeitschrift XIV S. 447 f.

[27]) S. 84 ff.

zeln für sich obligiert sind, dem Gläubiger gegenüber als nicht regressberechtigt zu gelten haben.[28]) Es handelt sich nicht darum, was der Gläubiger erkennt und beabsichtigt, sondern ganz ausschliesslich darum, was sein Verhalten bewirkt. Bewirkt es, dass das pactum infolge des Regresses illusorisch wird, so ist die Klage gegen den anderen Korrealschuldner zwar nicht dolos, aber um des Paziszenten willen erhält jener die exceptio pacti (nicht doli). Dies ist eine bemerkenswerte Verschiedenheit von dem Fall, wenn der Korreus für sich und seinen Mitschuldner paziszierte: Hier wird dem letzteren die exceptio doli gegeben, weil die Klage gegen ihn dem pactum widerspricht.

Es hat also auch nichts darauf anzukommen, ob der Gläubiger annehmen darf, dass die Korrealschuldner regressberechtigt sind.[29]) Überdies ist Waldner vor ein Dilemma gestellt: er erkennt die Thatsache an, dass sich die Quellen von der Rücksicht leiten lassen, ob der paziszierende Korreus regressberechtigt ist oder nicht.[30]) Wenn er dieses Moment als irrelevant beiseite lässt, so muss sich ihm die Frage aufdrängen: „Wie nun, wenn der paziszierende Korreus nicht regresspflichtig ist?“ [31]) U. E. hätte Waldner von seinem Standpunkt zur einfachen Ignorierung des römischen Quellenrechts gelangen müssen. Aber weit gefehlt! Er sucht auf den Boden der Quellenentscheidungen zurückzukehren. Der eine Ausweg aus diesem Dilemma,[32]) dem Gläubiger nämlich einen beschränkten Erlasswillen trotz der auf Grund der Füreinanderhaftung angenommenen Präsumption der Regressberechtigung zu imputieren, scheint Waldner mit Recht gekünstelt. Darum versucht er einen anderen Ausweg. Der wahre Grund scheint die besondere Natur des pactum de non petendo zu sein. Dasselbe besagt nur, dass der Korreus, der paziszierte, ausser Angriff gesetzt wird; nicht mehr, nicht weniger. Dies begreift den direkten wie den indirekten Angriff, und infolge dieser Zusage darf auch der regressberechtigte Mitschuldner nicht belangt werden.[33]) Wir glauben nun zwar auch diese Formulierung ablehnen zu sollen, insofern sie die Klage des Gläubigers gegen den non paciscens als vertragswidrig erscheinen

---

[28]) Waldner S. 86.
[29]) S. 88.
[30]) S. 86.
[31]) S. 88.
[32]) S. 89.
[33]) S. 89.

lässt; wir wollen uns jedoch, davon absehend, mit der Konstatierung begnügen, dass damit Waldner seine Füreinandertheorie als wertlos beiseite legt, um sich vorbehaltlos der herrschenden Lehre anzuschliessen. Die Erklärung aus dem Aussenverhältnis der Korrei, welche Waldner als die einzig mögliche bezeichnet hat, ist aufgegeben. Die letzte Frage Waldners aber,[34]) welche mit dieser Frage nicht im Zusammenhang steht: wie ist, wenn einem Korreus mit Gesamtbefreiungsabsicht remittiert und dadurch Gesamtbefreiung bewirkt wird, die Hinüberleitung dieser Wirkung auf die anderen Korrei juristisch zu denken? ist gleichfalls falsch gestellt. Die Absicht des Gläubigers genügt nicht, um die Gesamtwirkung zu erklären; dass die Korrei für einander haften — wenn dem so ist — legitimiert sie nicht zum Füreinanderhandeln: diese Reflexwirkung mittels der exceptio doli ist ein Anomalon, wie jeder andere Vertrag zu gunsten Dritter.

Waldners Korrealitätstheorie ist also nicht geeignet, die Wirkung des pactum de non petendo zu erklären; es ist deshalb auch durchaus zu verwerfen, wenn er auf Grund der angeblichen Füreinanderhaftung für das heutige Recht zu anderen Ergebnissen gelangen will.[35])

Wir glauben im vorstehenden nachgewiesen zu haben, dass ein zweiter Unterschied, den die herrschende Lehre in das Recht der Korreal- und Solidarobligationen hineingetragen hat, nicht besteht. Die Quellen geben ihm keinen Anhalt; man hat eine aus den Quellen ersichtliche Erscheinung ganz willkürlich auf ein ebenso willkürlich a priori aufgestelltes Prinzip zurückgeführt, hat, wie Keller und Windscheid beweisen, um dieses Prinzips willen sogar die Grenzen der Quellen überschritten und mit einem bequemen Argumentum e contrario einen Unterschied angenommen, der nicht vorhanden sein kann.[36]) Wir werden im folgenden noch öfter Gelegenheit haben, auf diesen Fehler hinzuweisen, wenn

---

[34]) S. 91.

[35]) S. 99 ff.

[36]) Windscheid II § 298 N. 6 verweist auf die l. 15 D. 27, 3 u. l. 1 C. 2, 4 (vgl. oben N. 22). Indessen haben wir schon oben darauf hingewiesen (S. 183 N. 47), dass im Fall der l. 15 für die vorjustinianische Zeit Multiplikation vorlag; die l. 1 C. cit. beweist jedenfalls nichts für die Wirkung eines pactum de non petendo, ganz abgesehen davon, dass mehrere Tutoren Korrealschuldner sind. Darüber vgl. einstw. Eisele Archiv f. civ. Praxis 77 S. 456, und unten Kap. IV.

wir weiter fortschreiten in der Prüfung der Fundamente, auf welchen die herrschende Lehre sich aufbaut.

§ 11.

IV. Transactio und Receptum.

Eine weitere Verschiedenheit zwischen den Korreal- und den Solidarobligationen findet die herrschende Lehre in den Stellen, welche von der Wirkung des Vergleichs und des Schiedsvertrags handeln.

An Stellen, welche die Wirkung des Vergleichs auf duo rei promittendi behandeln, fehlt es in den Quellen überhaupt. Für mehrere Tutoren und Kuratoren wird die Gesamtwirkung in l. 1 C. de transact. 2, 4 und l. 15 D. de tutelae 27, 3 verneint. Wenn die herrschende Lehre die Gesamtwirkung im Gegensatz zu diesen Stellen bei den Korrealobligationen bejaht, so geht sie von der Annahme aus, dass die Tutoren blosse Solidarschuldner sind, und gelangt von diesem einheitlichen Ausgangspunkt auf zwei verschiedenen Wegen zu diesem Ergebnis: die einen operieren mit dem Inhalt des Vergleichsvertrages, betrachten ihn als eine Kombination verschiedener geschäftlicher Bestandteile und lassen die Eigenart der letzteren für die Beantwortung der Frage entscheidend sein,[1]) so dass die Acceptilation, wenn sie vergleichungshalber erfolgt, Gesamtwirkung hat, während das pactum de non petendo nicht weiter wirkt, als in den Fällen, wenn es nicht dem Vergleichszwecke dient. Die anderen zerlegen zwar auch den Vergleich in verschiedene Elemente, unterscheiden einen „judikatlichen“ und einen „anderweitigen“ Inhalt, lassen aber nur die Analogie des Urteils entscheiden, dem sie, wenigstens wenn es absolutorisch ist, Gesamtwirkung beilegen.[2])

Für uns kann es sich natürlich nicht um eine Untersuchung darüber handeln, was der Vergleich ist und wie er sich zur Acceptilation, dem pactum und dem richterlichen Urteil verhält; es muss genügen, die Argumentation der herrschenden Lehre von ihrem begrifflichen Ausgangspunkt aus zu widerlegen.

---

[1]) Savigny, Obligationenrecht I S. 179; Windscheid II § 295 N. 5a vgl. mit § 413 N. 12; Hasenöhrl, österr. Obligationenrecht I S. 163; Oertmann, Vergleich S. 156 f.; Ascoli, sulle obbligazioni solidali p. 66 f.

[2]) Brinz, krit. Bl. IV S. 40; Puchta, Vorlesungen § 235; Heimbach in Weiskes Rechtslexikon XII S. 265; Risch, Vergleich S. 196 f. u. a. m.

Die Argumentation derselben ist: der Vergleich steht dem Urteil gleich; das Urteil wirkt zu gunsten aller Korrealschuldner, folglich wirkt auch der Vergleich zu gunsten Aller. Aber sie begehen dabei eine doppelte Inkonsequenz, indem sie dem Vergleich auch gegen die Korrealschuldner Gesamtwirkung beilegen, also die Analogie des Urteils jedenfalls überschreiten, und dem Vergleich anderseits ganz diese Gesamtwirkung beilegen, ohne zwischen dem judikatlichen und dem anderweitigen Inhalt desselben zu unterscheiden.[3])

Bei dieser Argumentation schimmert freilich noch die Einheitstheorie als letzte ratio durch; so bei Risch, wenn derselbe einerseits das Wesen des Vergleichs, anderseits das Wesen der Korrealobligation zu Rate zieht und ein Argument für die Gesamtwirkung des Vergleichs darin zu finden glaubt, dass bei den Korrealobligationen „alle Vorgänge in der Regel einheitlich, d. h. für alle Subjekte gemeinsam wirken".[4])

Hiergegen kann man einwenden, dass ein Zwang, von anderen Fällen auf einen Einzelfall zu schliessen, nicht anerkannt werden darf; gegen die Argumentation aus der Urteilsfunktion aber lässt sich sagen, dass sie nur dann begründet wäre, wenn die Gesamtwirkung des Urteils überhaupt feststünde. Dass diese aber das Urteil niemals auf die Korrealobligationen ausübte, werden wir unten nachweisen, und damit verliert die herrschende Meinung ihre wesentlichste Stütze.[5]) Anderseits werden wir den Nachweis liefern, dass nach den Kriterien, welche die herrschende Lehre für Korrealobligationan aufstellt — denn für uns gibt es keine Unterscheidungsmerkmale — Tutoren wirkliche Korrealschuldner sind, so dass die l. 1 C. cit. einen direkten Beweis gegen die herrschende Ansicht bildet.[6]) Dazu kommt noch ein anderes Argument: selbst wenn die Tutoren „blosse Solidarschuldner" wären, könnte doch ein Schluss auf die Korrealobligation nicht gezogen werden. Daraus, dass eine Wirkung bei den ersteren nicht eintritt, folgern zu wollen, dass sie bei den letzteren eintreten müsse, wäre haltlos in jeder Beziehung.

---

[3]) Gegen Risch siehe die guten Bemerkungen von Ascoli S. 64 f.

[4]) Noch weiter geht Sturm, die Lehre vom Vergleich 1889 S. 37, welcher die Judikatsnatur des Vergleichs in Abrede stellt, und aus der Natur der Korrealobligationen folgert, „dass Vergleiche, welche die objektive Seite derselben treffen, für und gegen alle Korrealparteien gelten, während Vergleiche, welche nur die subjektive Seite berühren, diese Wirkung nicht haben".

[5]) Darüber einstweilen meine „subjektiven Grenzen der Rechtskraft" S. 53 ff.

[6]) Vgl. unten Kap. IV § 21.

Auf der anderen Seite scheint es uns allerdings zweifelhaft, ob sich der Vergleich, als einheitliches Geschäft, überhaupt in einzelne geschäftliche Bestandteile auflösen lässt. Ein Geschäft muss einheitlich in seinen Wirkungen sein. — Eine andere Frage ist es, welche Wirkung einer vergleichsweise abgeschlossenen acceptilatio oder Stundungsverabredung zukommt: diese Frage ist aber schon in den beiden vorhergehenden §§ entschieden. Dass die causa des Geschäftes der Vergleich ist, muss für die Wirkungen des Geschäftes belanglos sein: die acceptilatio wirkt in rem, das pactum in personam, einerlei, ob Korreal- oder Solidarobligationen in Frage stehen.

Wir können daher auch hinsichtlich des Vergleichs eine Verschiedenheit zwischen Korrealität und Solidarität nicht annehmen.

Was den Schiedsvertrag betrifft, so nimmt Savigny an,[7]) dass der Gläubiger, wenn er mit einem von seinen Korrealschuldnern kompromittiert hat, dann von dem Schiedsrichter abgewiesen wird und nunmehr gegen den anderen Korrealschuldner die Klage erhebt, nicht in Strafe verfällt. „Denn die schiedsrichterliche Freisprechung bezog sich auf den Mitschuldner nicht; es ist ihr also auch nicht durch die gerichtliche Klage zuwider gehandelt worden."

Die einzige für uns in Betracht kommende Stelle ist die l. 34 pr. de receptis 4, 8 (Paulus libro XIII ad edictum):

> Si duo rei sunt aut credendi aut debendi et unus compromiserit isque vetitus sit petere aut ne ab eo petatur: videndum est, an si alius petat vel ab alio petatur, poena committatur: idem in duobus argentariis quorum nomina simul eunt. et fortasse poterimus ita fideiussoribus coniungere, si socii sunt: alias nec a te petitur nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur.

Die Stelle handelt von einem — wenn wir die Gläubigermehrheit vorläufig unberücksichtigt lassen — mit einem Korrealschuldner abgeschlossenen Schiedsvertrag. Die aufgeworfene Frage ist, ob der Gläubiger diesem Schiedsvertrag[8]) zuwiderhandelt, er den anderen Korrealschuldner vor dem ordentlichen Richter belangt. Die Antwort lautet: Wenn die correi socii

---

[7]) Obligationenrecht I S. 192; ebenso Baron S. 300.

[8]) Savigny a. a. O. spricht von Zuwiderhandlung gegen das schiedsrichterliche Urteil. Die Stelle setzt allerdings das Urteil voraus, aber die Zuwiderhandlung richtet sich doch gegen das Kompromiss.

sind, so verfällt die Strafe;[9]) andernfalls — alias — verfällt sie nicht: nec meo nomine petitur, licet a te petatur, d. h. wie diese etwas auffällige Wendung wohl wird wiedergegeben werden können: wenn auch der Schuldner, welcher das Kompromiss nicht abgeschlossen hat, belangt wird, so liegt doch darin keine mittelbare Belangung des Kompromittenten, keine Zuwiderhandlung gegen das Kompromiss, weil der belangte correus keinen Regress gegen den Kompromittenten hat, welcher das Kompromiss vereiteln würde; liegt dagegen die Möglichkeit des Regresses vor, so verfällt die Strafe — wegen mittelbarer Zuwiderhandlung.

Darauf, dass die Schuldner Korrealschuldner sind, hat es mithin nicht anzukommen; es ist vielmehr, ebenso wie beim Paktum de non petendo, alles Gewicht auf das Innenverhältnis der Schuldner zu legen. Die Korrealität kommt auch hier nur insofern in Betracht, als sie Solidarität ist, weil die Societät nicht allein ausreichen kann, um ein Regressverhältnis zu begründen. Demgemäss muss das Gleiche auch für die Solidarobligation angenommen werden, so dass wir auch in diesem Falle einen Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen nicht anzuerkennen vermögen.[10])

---

[9]) Nur davon handelt die Stelle, wie Windscheid II § 295 N. 6 zuzugeben ist. Die exceptio aus dem receptum ist ja auch erst von Justinian gewährt (l. 5 C. de rec. 2, 59). Aber jedenfalls muss die Frage bezüglich der Einrede gerade so behandelt werden wie bezüglich der poena. Abgesehen davon, dass die exceptio von Justinian zur Ergänzung des ohne Pönalstipulation abgeschlossenen Schiedsvertrages gegeben wird, sprechen dafür auch innere Gründe: Wie soll, wenn das bisherige Recht in der Klage gegen den Korrealschuldner, der nicht kompromittierte, kein Vergehen gegen das Kompromiss sieht, die exceptio ohne jeden weiteren Anhaltspunkt zu dieser Annahme führen? Umsoweniger wohl, als Justinian die Einrede aus dem Schiedsvertrag der exceptio pacti („veluti pacti") geradezu vergleicht. Jedenfalls geht es auch nicht an, vom Eid einen Schluss auf den Schiedsvertrag zu ziehen; es scheint uns die Windscheidsche Annahme, dass derselbe für und gegen alle correi die exceptio begründe, auf der vorausgesetzten Obligationeneinheit zu beruhen, welche für alle Rechtsakte eine Präsumption der Gesamtwirkung begründet.

[10]) Wenn man mit Karlowa II S. 726 die argentarii socii als blosse Solidarschuldner betrachtet, dann bildet die l. 34 pr. cit. sogar einen positiven Beweis für diese unsere Annahme. — Dass die rei promittendi und die argentarii socii mit dem fideiussores zusammengestellt werden, hat seinen Grund darin, dass auch bei Belangung des Bürgen die mit dem reus vereinbarte Konventionalstrafe verfällt (natürlich ohne die Voraussetzung der Societät) l. 29 D. eod. — Über die l. 34 pr. cit. vgl. noch Helmolt S. 158; Baron S. 300 N. 2; Fritz Lindes Zeitschr. N. F. XIX S. 89; Salpius, Novation S. 97; Fitting

§ 12.

V. Eid.

Als eine der sichersten Stützen der Einheitstheorie hat von jeher der Satz gegolten, dass der von einem Korrealschuldner geleistete Eid den anderen Korrealschuldner befreit.

Die Richtigkeit dieses Satzes wird von den Quellen bestätigt:

> l. 28 § 3 D. de iureiurando 12, 2 Paulus libro XVIII ad edictum: Ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniae alter iuravit: alteri quoque prodesse debebit.[1])

Über seine Begründung aber ist Streit. Während die Meisten ihn darauf zurückführen wollen, dass der Eid Zahlungsnatur habe,[2]) hat neuerdings Mitteis geltend gemacht,[3]) dass sich diese Wirkung des Eides wohl eher aus dem Bestreben erkläre, widersprechende Eide nach Thunlichkeit einzuschränken.[4]) Windscheid, welcher früher mit der herrschenden Lehre gegangen war,[5]) ist wieder dahin zurückgekehrt, dass der Eid eine Anwendung des Erlassvertrages und seine Wirkung ein Beweis für die Einheit der Korrealobligation sei.[6])

Was zunächst die Begründung der fraglichen Wirkung mit der Zahlungsnatur des Eides betrifft, so ist in den Quellen ausgesprochen, dass der Eid „etiam solutionis loco cedit" [7]) und an anderer Stelle wird die Befreiung des Hauptschuldners durch den Eid des Bürgen gerade auf diese Eigenschaft des Eides zurückgeführt:

> l. 28 § 1 eod.: . . . a fideiussore exactum iusiurandum prodesse etiam reo Cassius et Julianus aiunt: nam quia

---

S. 97; Vangerow III S. 96; Karlowa II S. 726; Hübel, reus stipulandi num paciscendo alteri noceat. Lips. Diss. 1822; Landucci S. 207.

[1]) l. 28 pr. handelt von Korrealgläubigern, l. 28 § 1 u. l. 42 eod. vom fideiussor, ebenso l. 1 § 3 D. qu. rerum 44, 5.

[2]) Savigny S. 184 ff.; Kuntze S. 186 f.; Fitting S. 76; Dernburg II § 73 N. 13; Vangerow, Pand. III § 573 Anm. 5 I S. 87; Weibel S. 43.

[3]) Individualisierung S. 90.

[4]) Vgl. l. 15 D. de except. 44, 1: id agere praetor debet, ne de iureiurando cuiusdam quaeratur. (Das Citat bei Mitteis: l. 15 de exc. rei iud. ist irrig).

[5]) Kritische Vierteljahrsschrift III S. 172.

[6]) Pand. II § 295 N. 6.

[7]) l. 27 D. de iureiurando 12, 2.

in locum solutionis succedit, hic quoque eodem loco habendum est: si modo ideo interpositum est iusiurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona iurantis ageretur.

Vgl. auch l. 26 § 2 eod. Paulus libro XVIII ad edictum: Jurisiurandi ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventione, quamvis habeat et instar iudicii.

Die l. 28 § 1 ist in einer doppelten Richtung bemerkenswert: zunächst, weil sie die Gesamtwirkung des Eides ausdrücklich darauf zurückführt, dass er „in locum solutionis succedit" und weil dabei von einer Tautologie [8]) entschieden nicht die Rede sein kann. Nicht deshalb, weil er alle Korrealschuldner befreit, wird der Eid mit der Zahlung verglichen; sondern weil er sonst loco solutionis ist, soll er auch hier — und analog bei den duo rei promittendi — wie die solutio behandelt werden. Und wieder nicht deshalb, weil er sonst, d. h. bei der einfachen Obligation, ipso iure zerstört,[9]) sondern mit Einschränkung auf einen bestimmten Inhalt: „ut de ipso contractu et de re, non de persona iurantis ageretur."

Gegen die herrschende Lehre hat allerdings Baron eingewendet, dass sie dem Meineid die Stellung eines Rechtsgeschäftes zuweise.[10]) Wir möchten dieses Argument nicht für erheblich halten. Es ist zwar richtig, dass der Eid seine Zahlungsfunktion erst dadurch erhält, dass eine bestehende Schuld abgeschworen werden kann. Aber der Grund dieser Möglichkeit besteht in seiner formellen Natur, die im römischen Recht noch bedeutender war als heute, da sie überhaupt verhinderte, dass der Rechtsstreit ins iudicium und zum Urteil gelangte. Seiner dispositiven Natur entspricht die Vergleichung des Eides mit der solutio und konsequent haben die Römer, charakteristisch für ihre Art, juristisch zu operieren, aus dieser Vergleichung gefolgert, dass der Eid auch die sonstigen Wirkungen der solutio haben müsse. In wie weit dabei die von Mitteis angeführte praktische Erwägung „ne de iureiurando quaeratur" eine Rolle gespielt hat, kann hier nicht untersucht werden; kaum eine sehr bedeutende, da beim Parteieid Meineidsuntersuchungen überhaupt ausgeschlossen waren.

---

[8]) Wie man bei der acceptilatio gewollt hat (l. 16 D. de accept. 46, 4).

[9]) Wie Windscheid gegen Fitting entgegnet hat.

[10]) S. 376.

Dabei nimmt die herrschende Lehre an, dass es möglich gewesen sei, den Eid in rem und in personam zu formulieren, wie ja auch der fideiussor in rem oder in personam beschwören kann: ist die Eidesleistung auf die Nichtexistenz des ganzen obligatorischen Verhältnisses[11]) gestellt, so ist über das ganze obligatorische Verhältnis disponiert; dies ist nicht der Fall, wenn der Eid in personam lautete, wobei er wahrscheinlich in factum konzipiert war.[12])

Aber mit Recht hat Baron die Möglichkeit, dass einer von zwei rei promittendi den Eid in verschiedener Weise und mit verschiedener Tragweite leiste, bestritten, indem er sich darauf beruft, dass die Quellen diese Möglichkeit nur beim fideiussor anerkennen. Wenn man in Betracht zieht, mit welcher Beharrlichkeit in allen Stellen, welche vom Eid des Bürgen handeln, der Inhalt des Eides hervorgehoben wird, so ist das Stillschweigen von l. 28 über die Fassung des Eides bei den duo rei promittendi das beredteste Zeugnis dafür, dass es hier auf den Inhalt des Eides nicht ankommt.[13])

Wir fügen dieser Argumentation Barons noch folgendes hinzu: die Möglichkeit, den Eid in verschiedener Formulierung zu leisten, ist nur beim fideiussor, nicht auch beim Hauptschuldner anerkannt. Diese Beobachtung belehrt uns über den Grund jener Möglichkeit: er besteht darin, dass der Bürge accessorischer Schuldner ist. Infolgedessen genügte es nicht, den Bürgen schwören zu lassen, dass er sich nicht verbürgt habe; denn unter Umständen haftete er auch nicht, obwohl er sich verbürgt hatte, nämlich wenn die Hauptschuld ungültig war. Der Bürge musste daher die Hauptschuld abschwören können, und dies gestatteten ihm die Römer, indem sie ihn „se dare non oportere“ schwören liessen, eine Eidesnorm, welche mit dem Gegenstand der Bürgschaftsobligation mittelbar auch den der Hauptobligation in sich aufnahm. Mit dem „se dare non oportere“ beschwört eben der Bürge, dass der Gläubiger nichts zu fordern hat. Diese Unterscheidung trifft bei der paritätischen Korrealität nicht zu; der Korrealschuldner kann nicht „in rem“ schwören, weil es keinen Fall gibt, in welchem die eine paritätische Korrealschuld von dem Bestehen der anderen abhängig wäre.

---

[11]) Affolter I S. 141.

[12]) Vgl. l. 42 § 1; l. 28 D. de iureiur. 12, 2.

[13]) Baron S. 377 gegen Ribbentrop S. 262, Savigny S. 184 und Fritz in Lindes Zeitschrift N. F. XIX S. 88.

Dagegen lässt sich m. E. mit der von Baron hervorgehobenen Natur des Eides als Feststellungsmittel nicht operieren; wenn von den beiden Schuldnern einer schwört „se non dare oportere“ — ist dann etwas anderes festgestellt, als dass Titius nichts schuldig ist? Man wende nicht ein, dass das Gleiche auch beim fideiussor gelten müsste; denn dies ist nicht der Fall. Wir müssen als regelmässige Form des Eides die conceptio in ius annehmen: „se dare non oportere“, wie die Digesten ersehen lassen, welche den in factum konzipierten Eid stets als Ausnahme behandeln. Dieses „se dare non oportere“ hat beim fideiussor eben eine andere Bedeutung als unter paritätischen Korrealschuldnern, insofern das dare oportere des Bürgen eben von dem dare oportere des Hauptschuldners Dasein und Inhalt entleiht; während der Korrealhauptschuldner überhaupt nur seine Obligation beschwören kann.

Wir nehmen daher mit Baron an, dass der Eid des paritätischen Korrealschuldners nur in einer Form geleistet werden konnte, und dass die befreiende Wirkung der Eidesleistung in allen Fällen die nämliche war. Dann aber erhebt sich die Frage, ob der Eid diese civilrechtliche Wirkung als Beweismittel ausübt. M. E. ist diese Frage schlechthin zu verneinen.[14]) Während unser heutiges Civilprozessrecht davon ausgeht, dass „der Eid vollen Beweis der beschworenen Thatsache begründet“, hat der römische Schiedseid nur eine dispositive Funktion. Die Grundlage bildet das „solvere aut iurare“ des prätorischen Edikts;[15]) dieses bildet die Grundlage für das „iusiurandum etiam loco solutionis cedit“ der Juristen.[16]) Damit steht die dem fideiussor gewährte Möglichkeit, de re oder de persona zu schwören, nicht im Widerspruch; Gläubiger und Bürge disponieren entweder im weiteren oder im engeren Rahmen.[17])

Wir müssen dabei zwei bisher unerörtert gebliebene Fragen

---

[14]) Dass die Römer den Eid überhaupt nicht als Beweismittel angesehen haben, ergaben Stellen, wie l. 5 § 2; l. 9 § 1; l. 28 § 10; l. 29; l. 30 D. de iureiurando 12, 2; § 11 J. de action. 4, 6; l. 1 C. de iureiur. 4, 1. Die Berufung auf Meineid wird nicht gestattet, quia non quaeretur, an dare eum oportet, sed an actor iuraverit. l. 28 § 10 cit. Vgl. Savigny, System des heutigen röm. Rechts VII S. 64 N. b. — Die Eideszuschiebung erfordert ferner vollkommene Handlungsfähigkeit, vgl. Bethmann-Hollweg, röm. Civilprozess II S. 577 N. 24 und dort citierte Stellen.

[15]) l. 34 § 6 D. de iureiur. 12, 2; Dernburg, Pandekten II § 73 N. 13.

[16]) l. 27 D. eod.

[17]) l. 3 § 4 D. eod.: iurari autem oportet, ut delatum est iusiurandum.

zu beantworten suchen: in welchem Verhältnis der Eid zur Litiskontestation einerseits und die Eidesleistung zur Eidesdelation anderseits steht.

Im Fall der Eideszuschiebung wird der Beklagte vom Prätor genötigt zum „solvere aut iurare“. Leistet er den Eid, so erwirbt er sich die exceptio iurisiurandi gegen jede weitere Klage de eadem re,[18]) und erlangt die Denegation der Klage in dem vor dem Prätor schwebenden Verfahren.[19]) Verweigert der Beklagte den Eid, so wird er sachfällig und der prätorischen Exekution ausgesetzt.[20]) Wenn umgekehrt der Beklagte den Eid zurückschiebt, so erlangt der Kläger durch die Eidesleistung eine neue Klage, actio in factum;[21]) wenn er den Eid verweigert, wird wohl gegen ihn actionis denegatio oder exceptio iurisiurandi stattgefunden haben. Der Erlass des Eides steht der Eidesleistung durch den Gegner gleich.

Materielle Wirkung hat demnach unter den Parteien nicht schon das Eideszuschiebungsgeschäft, sondern erst die Erledigung desselben durch Leistung oder Verweigerung des Eides. Das „solvere aut iurare“ hat nicht die Bedeutung, dass durch die Delation der Inhalt der streitigen Obligation eine Veränderung erführe. Erst die Eidesleistung oder Verweigerung hat die materielle Wirkung, dass entweder exceptio iurisiurando oder actio in factum entsteht, für jeden Fall aber das bisherige Klagerecht konsumiert wird. Insofern wird der Eid mit der Litiskontestation verglichen;[22]) ebenso aber auch mit dem Urteil, insofern die actio in factum der actio iudicati entspricht,[23]) und mit der No-

---

[18]) l. 13 § 2 D. eod. 12, 2; l. 28 §§ 4—8; l. 36 eod. Bethmann-Hollweg II S. 582.

[19]) l. 7; l. 9 pr. D. de iureiur. 12, 2; Bethmann-Hollweg II S. 581: Lenel, edictum perpetuum S. 117.

[20]) Bethmann-Hollweg II S. 577, 581; l. 34 § 6 D. de iureiur. — Macht die Exekution noch eine Untersuchung oder Schätzung erforderlich, so wird auch hier eine actio in factum gegeben. Vgl. l. 26 § 2 D. eod. 12, 2: quamvis habeat et instar iudicii, ferner l. 9 § 1, § 7; l. 11 § 1 D. eod. Bethmann-Hollweg II S. 581 N. 57. Wir sprechen der Kürze halber im folgenden nur von der actio in factum.

[21]) Bethmann-Hollweg, II S. 580 f.; Lenel, edictum S. 117; anders Savigny, System VII S. 77 zu N. u. — l. 9 § 1; l. 11 § 1 eod. 12, 2.

[22]) l. 28 § 2 D. de iudiciis 5, 1 Paulus libro XVII ad Plautium: Ex quibus autem causis non cogitur legatus iudicium accipere, nec iurare cogendus est se dare non oportere, quia hoc iusiurandum in locum litis contestatae succedit.

[23]) l. 26 § 2 eod.

vation und Delegation,[24]) da an die Stelle der alten Obligation eine neue Obligation tritt, deren einzige causa die Leistung des Eides durch den Kläger oder die Verweigerung des Eides durch den Beklagten bildet,[25]) und durch die Verweigerung von seiten des Nichtschuldners oder die Leistung von seiten des Nichtgläubigers ein wirklicher Wechsel der Obligationssubjekte eintritt.

Wenn hiernach feststeht, dass der Eid die Litiskontestation ersetzt, so fragt es sich, ob er ihre Wirkungen auch dann äussert, wenn dritte Personen in Frage stehen. In der Regel ist dies zu bejahen. Der Eid wirkt, als Geschäft, nur unter den Prozessparteien; nur ausnahmsweise wirkt er auf dritte Personen, wenn es sich nämlich um Vertretung oder Rechtsnachfolge handelt. Das Gleiche gilt bei paritätischen und accessorischen Korrealobligationen.[26])

Hierbei erhebt sich nun die Frage, ob die konsumierende Wirkung der Litiskontestation, welche, wie wir gesehen haben, sowohl bei der Eidesleistung, als auch bei der Verweigerung des Eides eintritt, sich in beiden Fällen auf diese dritten Personen erstreckt. Die Quellen geben darüber keinen Aufschluss, wie sie denn der Verweigerung des Eides überhaupt keine nähere Beachtung schenken.

Man wird daraus nicht folgern dürfen, dass die Wirkung der Eidesverweigerung sich nicht auf diese dritten Personen erstrecke. Zweifellos ist die Wirkung nur inter partes die Regel; wenn aber die Ausnahmen nicht ausdrücklich bezeugt sind, so darf man sie doch aus inneren Gründen nicht von der Hand weisen.

Wenn die Verweigerung des Eides das ursprüngliche Rechtsverhältnis zerstört und an die Stelle der alten Forderungsklage eine neue actio in factum setzt, so entsteht die Frage, welche Bedeutung dieser Vorgang für die solidarischen Mitschuldner haben muss. Man möchte vielleicht antworten: dieselbe Bedeutung, wie sie die Novation hat; aber von unserem Standpunkt aus, den wir bezüglich der Novation einnehmen, möchten wir diese Annahme eher ablehnen, und vielmehr behaupten, dass auch hier der Eidesverweigerung die Wirkung der Litiskontestation zukommen muss. Davon kann freilich keine Rede sein, dass die

[24]) l. 26 § 2 cit.

[25]) l. 9 § 1 eod.

[26]) l. 11 pr. § 3 D. eod.; l. 9 § 7; l. 10; l. 11 § 1; l. 12; l. 13 pr. l. 28 § 2, 3 D. eod. Bethmann-Hollweg S. 582 f.

actio in factum auch gegen den dritten Korrealschuldner begründet wäre;[27]) so wenig, wie das iudicium positive Wirkungen für den Dritten äussern kann, ebensowenig kann dies beim Eid der Fall sein. Aber es wird anzunehmen sein, dass nicht nur die Eidesleistung, sondern auch die Eidesverweigerung, d. h. überhaupt das perfekte Schwurgeschäft, die sämtlichen übrigen Mitschuldner „electione" befreit.

Den Beweis erblicke ich darin, dass auch sonst die Eidesleistung mit der Litiskontestation auf eine Stufe gestellt wird und dass dies nicht darauf beruhen kann, dass der Schuldner schwört, weil diese Vergleichung auch dann eintritt, wenn der Gläubiger den Eid leistet:

> l. 9 § 3 D. eod. 12, 2. Ulpianus libro XXII ad edictum: Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem eum dare oportere, egoque iuravero, tempore non liberatur, quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.

Wenn die Leistung des Eides durch den Gläubiger, der durch den Schuldner, wie aus dieser Stelle zu entnehmen ist, gleichsteht, so muss dieser auch die Verweigerung des Eides durch den Schuldner gleichstehen, da dieselbe die nämliche Wirkung wie die Leistung des Eides durch den Gläubiger hat. Wir können aber noch weiter gehen. Da die actio in factum neben der Klage aus dem bisherigen Schuldverhältnis nicht denkbar ist,[28]) erscheint es zweifellos, dass durch die Leistung oder Ver-

---

[27]) Schon Savigny hat die positive Gesamtwirkung (actio in factum) gegen alle Korrealschuldner im Fall der Eidesleistung durch den Gläubiger verneint (Obligationenrecht I S. 187), weil die Ursache der Gesamtwirkung, die Solutionsnatur des Eides, in diesem Falle nicht vorhanden ist. Wenn, wie wir darzuthun versucht haben, die wahre Ursache der Gesamtwirkung die Litiskontestationsnatur des Schwurgeschäftes ist, so können wir aus der richtigen Prämisse Savignys diese Folgerung nicht ableiten. Trotzdem ist Savigny im Ergebnis zuzustimmen, was mit der Rechtsgeschäftnatur des Eides hinreichend begründet ist. M. W. ist diese Frage ausser von Savigny nur noch von Baron S. 377 erörtert worden; er nimmt an, dass durch den Eid des gemeinsamen Gläubigers der Korrealschuldner, welcher an der Relation nicht teilgenommen hat, nicht befreit wird; ferner dass, wenn ein Korrealgläubiger schwört, auch dem anderen die actio in factum zusteht. Ich halte beide Sätze für unrichtig, weil sie dem Wesen des Eides nicht gerecht werden. Über den Eid des Korrealgläubigers vgl. unten II. Abschnitt.

[28]) Weil die Notwendigkeit der actio in factum gerade den Untergang der alten Klage voraussetzt.

weigerung des Eides immer eine Konsumption bewirkt wird, oder m. a. W., dass dieselbe keine positive, sondern eine negative Funktion hat. Der Schuldner schwört zwar ab, der Gläubiger beschwört zwar, aber dennoch knüpft sich in Bezug auf die Klage an das Schwurgeschäft immer die nämliche Wirkung.

Dem widerspricht nicht, dass die Quellen in unserem Falle nur von der Leistung des Eides handeln. Die Quellen haben dabei nur den normalen Fall im Auge. Anderseits weist doch auch hin und wieder die Ausdrucksweise der Quellen darauf hin, dass die Römer beide Fälle gleich behandelt haben; so das „a fideiussore exactum iusiurandum“,[29]) welches nach der gewöhnlichen Bedeutung von „exigere“ nicht auf die Eidesleistung, sondern die Eideszuschiebung zu beziehen ist;[30]) ebenso die iurisiurandi condicio“ der l. 26 § 2 cit., welche sich zweifellos auf die Eidesdelation bezieht.[31]) Auch die l. 27 pr. D. eod. „In duobus reis stipulandi ab altero delatum iusiurandum etiam alteri nocebit“, wird nicht wohl anders verstanden werden können, als dass nicht bloss die Eidesleistung diese Wirkung ausübt; da anderseits die häufige Beschränkung „si iuraverit“ oder „egoque iuravero“ darauf hinweist, dass die einseitige Delation nicht genügt, so muss angenommen werden, dass die durch die Delation provozierte Erklärung des Beklagten — oder die durch die Relation hervorgerufene Erklärung des Klägers das massgebende Moment bildet.

Dieses Ergebnis stimmt auch allein überein mit der Fassung des uns überlieferten prätorischen Edikts:

> Si is cum quo agetur condicione delata iuraverit sive, cum iurare paratus esset, iusiurandum eo remissum fuerit, eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.[32])

Denegiert wird die actio de eadem re.[33]) Was liegt näher als die Annahme, dass, sofern eine actio de eadem re vorlag,

---

[29]) l. 28 § 1 D. de iureiur.

[30]) Vgl. Heumann und Georges ad vocem „exigere“.

[31]) l. 3 pr.; l. 34 § 7; l. 39 D. de iureiur. 12, 2; l. 9 C. eod. 4, 1; l. 19 § 4 D. de exc. rei vend. 22, 3.

[32]) Vgl. Lenel, edictum perp. S. 117.

[33]) l. 13 § 2; l. 28 § 4—8; l. 30 § 4 eod. 12, 2.

immer die denegatio actionis erfolgte? Dass die Klagen gegen Korrealschuldner de eadem re waren, wird später erörtert werden.[34]) Freilich kann man dagegen einwenden, dass ausser der sachlichen Identität auch Identität der Personen erforderlich war; allein die Worte „neque in eum ad quem ea res pertinet" sind, insbesondere wenn man das Praesens „pertinet" ins Auge fasst, allgemein genug gehalten, um auch andere Fälle, als den der Succession,[35]) darunter zu begreifen.

Wenn wir auf Grund dieser Erörterung die Litiskontestationsnatur der Eideszuschiebung zum Ausgangspunkt für die zu behandelnde Frage machen, so scheint unsere Ansicht zu der Annahme zu führen, dass die befreiende Wirkung der Litiskontestation den Umfang der Gesamtwirkung des Eides bestimme; damit wäre unserer Behauptung präjudiziert, dass die gleiche Wirkung auch bei den Solidarobligationen eintreten müsse.

Um dieses Ergebnis zu beseitigen, müssen wir die Frage erörtern, wie die Quellen angesichts der Litiskontestationsnatur des Eides dazu kommen, seine Solutionsnatur zu behaupten, und aus derselben die oben genannten praktischen Konsequenzen zu ziehen.

Dabei ist zu bemerken, dass die Römer das Eideszuschiebungsgeschäft als solches, einerlei welches sein Erfolg sein mag, nicht behandeln, sondern nur die einzelnen Wirkungen der Eidesleistung oder der Eidesverweigerung. Es lag für sie deshalb nahe, die Wirkung der Eidesleistung eines Korrealschuldners auf die Zahlungsnatur derselben zurückzuführen, welche ja im prätorischen Edikt selbst anerkannt war. Die nicht wohl zu bestreitende Litiskontestationsnatur des Eides trat infolgedessen weniger in den Vordergrund, als die Litiskontestationsnatur der Eidesverweigerung. In Bezug auf die Eidesleistung aber muss infolge ihrer Solutionsnatur angenommen werden, dass sie ganz ebenso wie bei den Korrealobligationen auch bei den Solidarobligationen wirkte; wenn wir dies hinsichtlich der Eidesverweigerung für das klassische Recht vorerst nicht behaupten können, so bedeutet dies nicht die Anerkennung eines materiellen Unterschiedes zwischen Korrealität und Solidarität, sondern eine bloss formelle Konsequenz aus der Verschiedenheit der Litis-

[34]) Kap. IV.
[35]) l. 7, 8 eod.

kontestationswirkung, welch letztere sich unten als bedeutungslos herausstellen wird.

Jedenfalls ist für das justinianische Recht anzunehmen, dass mit der konsumierenden Kraft der Litiskontestation auch die des Eides in Wegfall gekommen ist. Daher werden wir auch nur der Leistung des Eides die Gesamtwirkung zuerkennen können, dies aber für alle solidarischen Obligationen:

> „nam quia in locum solutionis succedit, hic quoque eodem loco habendum est".

Dass uns an unserer Ansicht über die Wirkung der Eidesverweigerung im klassischen Recht dieser Ausspruch nicht irre machen kann, zeigt die l. 42 § 3 eod., welche, sofern das „quia et res iudicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret" wirklich Pomponius zuzuschreiben ist, ersehen lässt, dass die Römer eine fesstehende Rechtswirkung aus verschiedenen Ursachen zu erklären suchten.[36]

Zum positiven Beweis für die Gesamtwirkung des Eides bei den Solidarobligationen hat sich Fitting auf die l. 28 § 2 D de iureiurando berufen:[37]

> Paulus libro XVIII ad edictum: Si ei, qui debitorem meum in iudicium exhibere promisit, iusiurandum detulerim isque iuraverit se omnino exhibitionem eius non promisisse, prodesse debitori meo id non debet: si vero iuraverit se nihil mihi praestare oportere, distinguendum sit et replicatione emendandum, utrum ideo iuraverit, an quia post promissionem exhibuerit an vero quia solverit. quod et in fideiussorem debiti distinguendum est.

In dieser Stelle und in Fittings Ausführungen zu ihr ist zweifellos ein schlagendes Argument gegen die Einheitstheorie enthalten; Barons Einwand,[38] dass ausserhalb der Korrealobligation der Eid nur dann Gesamtwirkung haben kann, wenn der Schwörende als negotiorum gestor des Anderen auftritt, entbehrt des Beweises und läuft daher auf eine petitio principii hinaus. Ob aber die Stelle auch darüber hinaus die Gesamt-

---

[36]) Wir möchten mit Dernburg, Pand. II § 73 N. 15 und Lenel, Paling. II Pomponius No. 208 N. 1 die Begründung „quia et res iudicata etc." für Emblem halten. Darüber s. unten § 16 zu N. 21.

[37]) Korrealobligation S. 73 ff. Zustimmend Samhaber S. 100; Windscheid krit. Vierteljahrsschrift III S. 172.

[38]) S. 379.

wirkung des Eides bei Solidarobligationen beweist, ist eine andere Frage. Windscheid, der früher den Ausführungen Fittings über die Stelle zustimmte, hat jetzt[39]) dagegen eingewendet, dass das in der Stelle bezeichnete Versprechen Bürgschaftsnatur habe, und keinen Ausnahmefall, sondern einen Fall analoger Anwendung der für die Korrealobligation geltenden Regel enthalte. Von unserem Standpunkt aus, wonach ein begrifflicher Gegensatz zwischen Korrealität und Solidarität nicht besteht, können wir natürlich gegen diese Argumentation Windscheids nicht aufkommen. Aber vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus lässt sich gegen sie einwenden, dass die Stelle, wie alle ähnlichen, nicht von einem fideiussor iudicio sistendi causa datus, sondern einem vindex handelte,[40]) bevor sie interpoliert wurde, und dass mithin zunächst das Argument, welches aus der Fideiussionsnatur des fraglichen Versprechens gegen Fitting erhoben werden will, hinfällig ist. Anderseits fragt es sich freilich, welche Stelle der vindex gegenüber dem Beklagten einzunehmen hatte, ich trage kein Bedenken, wenn auch der materielle Inhalt seiner Obligation in der Exhibition des reus bestand,[41]) ihm die Stellung eines Korrealschuldners neben dem reus, wenigstens den formellen Effekt nach, zuzuweisen.[42]) Ob

---

[39]) Pandekten II § 295 N. 6 a. E. Dagegen wieder Mitteis S. 90 N. 95. Vgl. auch Weibel S. 43; Kuntze, Obl. u. Singularsucc. S. 186 f.

[40]) Lenel Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abt. II S. 46 N. 84, edictum perpetuum S. 54 N. 5.

[41]) l. 4 D. qui satisd. 2, 8; Lenel Zeitschr. der Savignystiftung II S. 44.

[42]) Gegen den vindex wird, wenn die Gestellung des reus nicht erfolgt, eine actio in factum gegeben auf quanti ea res erit. l. 2 § 5 D. qui satisdare cogantur 2, 8; l. 3 eod. Wenn man mit Demelius in der nämlichen Zeitschrift II S. 8 annehmen kann, dass diese actio in factum nichts anderes ist, als die Übernahme des Hauptprozesses durch den vindex, so liegt hier die Sache wohl ebenso, wie bei den actiones adiecticiae qualitatis. Vgl. darüber Bekker, prozess. Konsumption § 13 S. 168 f.; Keller-Wach, röm. Civilprozess § 46 N. 534 (VI. Aufl.). Wenn Lenel a. a. O. S. 46 annimmt, dass der vindex den reus nicht defendiere, so steht dies wohl der Annahme einer Korrealobligation nicht entgegen. Die Konsumption der ursprünglichen Klage durch die actio in factum wird man wohl annehmen dürfen. — Vgl. l. 22 § 1 D. de in ius vocando 2, 4. — Nicht hierher zu beziehen ist — auch nicht arg. per analogiam — die l. 5 D. de except. rei iud. von Ulpian (l. 74 ad edictum): De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re: utputa si quis mandati acturus, cum ei adversarius iudicii sistendi causa (Lenel: vadimonium) promisset, propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de

freilich mit dieser Anschauung eine Lehre einverstanden sein kann, welche als Erfordernis der Korrealität an Stelle der Ribbentropschen Einheit des objektiven Bestandes die Einheit der Causa oder sonstige, die Solidarität qualifizierende Momente aufstellt, ist wohl zu verneinen; und für diese Lehre bildet sicher die l. 28 § 2 cit. einen Beleg dafür, dass die Wirkung des Eides bei Korreal- und Solidarobligationen die nämliche ist.

Indessen mag es sich wie immer mit der Solidarität der Obligation des Vindex verhalten; einen Beweis dafür, dass die in den Quellen bei den Korrealobligationen anerkannte Gesamtwirkung des Eides bei den Solidarobligationen nicht eintrat, hat die herrschende Lehre nicht erbracht. Uns genügt es, dass die Quellen die Gesamtwirkung darauf zurückführen, dass der Eid pro solutione ist, und wir können daher den Gegnern den Gegenbeweis überlassen. Ein blosses argumentum a contrario läuft jedenfalls in unserem Fall immer auf einen Zirkelschluss hinaus.

Noch ein anderer Einwand ist gegen Windscheid zu erheben: er spricht a. a. O. nicht von der Eidesleistung, sondern vom „Schiedseidvertrag", macht geltend, dass dieser durch blosses pactum geschlossen wurde und erblickt darin einen Beweis für die Einheit der Obligation. Seine Prämisse ist dabei die objektive Wirkung des pactum de non petendo in rem, mit welchem er den Eidesvertrag auf eine Stufe stellt. Wie wir oben diese Prämisse als unbegründet abgelehnt haben, müssen wir auch die objektive Wirkung des Eides vertrages verneinen. Eidesleistung und Eidesverweigerung haben, wie wir gesehen haben, Gesamtwirkung; dem Vertrag kommt an sich diese Wirkung nicht zu. Im Gegenteil aber möchte, die Zulässigkeit einer Vergleichung beider pacta vorausgesetzt, in der Wirkung das pactum de non petendo ein Argument gegen Windscheids Auffassung von der Wirkung des Schiedseidsvertrages zu finden sein.

---

eadem re agit, da dieselbe gar nicht auf die prozessualische Konsumption zu beziehen ist. Letzteres nehmen allerdings an: Keller, Litiskontest. S. 110. Liebe, Stipulation S. 174; s. aber dagegen Buchka, Einfluss des Prozesses I S. 97; Savigny, System VI § 296 N. 6; Krüger, prozess. Konsumption S. 64 N. 2; Bekker eod. S. 23. Nicht im Widerspruch mit dem letzteren: Brinz, Pand. I S. 343 N. 17; Affolter, Institutionensystem I S. 279; Merkel, Aktionenkonkurs S. 72.

§ 13.

VI. Novation.

Man behauptet, dass die Novation, welche der Gläubiger mit einem seiner Korrealschuldner vornimmt, die übrigen Korrealschuldner befreit und erblickt auch hierin einen Beweis der begrifflichen Verschiedenheit der Korreal- und Solidarobligationen.

Ribbentrop erklärt diese Wirkung teils aus der Einheit der Obligation, teils aus der Zahlungsnatur der Novation, insofern der Gläubiger mit seinem Willen statt der alten eine neue Forderung erhält.[1]) Indessen hat Ribbentrop dieses letztere Moment nicht konsequent festgehalten. Dass eine wahre Befriedigung stattfinde, kann für die Novation nur bedingungsweise behauptet werden, indem es dabei sowohl auf das Verhältnis der neuen Forderung zur alten, als auf die Ansicht ankommt, von welcher die Kontrahenten ausgingen.[2]) Immerhin zieht Ribbentrop hieraus den Schluss, dass insoweit die Novation eine wahre Befriedigung enthalte, sie auch bei den solidarischen Verbindlichkeiten Gesamtwirkung haben müsse; aber darüber hinaus macht sich der Unterschied der Einheit und Vielheit der Obligationen geltend.

Wie wenig diese Auffassung durchdacht ist, liegt auf der Hand. Wenn es wahr ist, dass bei der Novation der Gläubiger eine neue Forderung an Stelle der alten erhält, dann ist nicht einzusehen, inwiefern es für die Frage, ob die Novation als Zahlung anzusehen ist, auf „das Verhältnis der neuen Forderung zur alten", und auf die Absicht der Parteien sollte ankommen können; wenn es anderseits richtig ist, dass die Einheit der Obligation hier überhaupt in Betracht kommt, dann kann es für die Korrealobligation auf die Zahlungsnatur der Novation nicht ankommen. Trotzdem ist Ribbentrops Ansicht herrschende Lehre geworden,[3]) wenn sie auch manche Anfechtung hat erfahren müssen.

---

[1]) S. 268 f.

[2]) S. 271 oben.

[3]) Savigny, Obligationenrecht I S. 167 u. 202 leidet an dem nämlichen Fehler; dagegen Fitting S. 55 ff.; — ferner: Liebe, Stipulation S. 156 f.; Vangerow III § 573 S. 98 a. E., welcher bei der Solidarobligation der Novation dann Gesamtwirkung beilegt, wenn das Objekt der neuen Obligation quantitativ mit dem der alten übereinstimmt.

Die Halbheit und Unfertigkeit der Ribbentropschen Lehre hat in der Folgezeit dazu geführt, die beiden Elemente derselben zu trennen. Während die Einen von der Zahlungsnatur der Novation absehen und einseitig, aber konsequent die Einheit der Korrealobligation als massgebend erachten,[4]) berufen sich die Gegner der Einheitstheorie ausschliesslich auf die Zahlungsnatur.[5]) Andere wieder wollen die Gesamtwirkung nur bei der Korrealität eintreten lassen, und nur dann, wenn sie vom Gläubiger beabsichtigt war.[6]) Besonders hervorzuheben ist Dernburg, welcher Gegner der Einheitstheorie ist,[7]) die Solutionsnatur der Novation verneint[8]) und trotzdem an dem von der herrschenden Lehre behaupteten Unterschied festhält.[9])

Wir wollen schon jetzt bemerken, dass wir mit keiner der erwähnten Ansichten übereinstimmen.

Fest steht allerdings, dass Novationsgeschäfte von den Quellen mit der Zahlung verglichen werden.[10]) Aber ob damit die Novation als solche rechtsgeschäftlich charakterisiert werden soll, ist sehr fraglich. Nur das darf unbedenklich zugegeben werden, dass die Novation allerdings Obligationstilgung, nicht aber, dass sie Tilgung durch Befriedigung ist. Als Tilgungsmodus fällt sie natürlich unter den Begriff der solutio im weitesten Sinne, die nicht nur die Zahlung, sondern jedwede Lösung begreift: solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoque modo factum.[11]) Indessen kann von dieser solutio im weitesten Sinn bei den Stellen, welche von der Wirkung der Novation auf die Korrealobligation handeln, nicht die Rede sein.

Anderseits muss den Gegnern der von Fitting vertretenen

[4]) Puchta, Pandekten § 235; Keller, Pand. I § 276 a. E. S. 593; Samhaber S. 94.

[5]) Kuntze, Obl. u. Singularsuccession S. 179 Z. 2, Obl. u. ius extraord. S. 159 f.; Fitting S. 48 ff.; Arndts Pand. § 213 Note n; Windscheid krit. Vierteljahrsschrift III S. 169, Pandekten II § 295 N. 3, § 353 N. 2; Girtanner, Stipulation S. 231. Bei Kuntze ist die Gleichstellung mit der solutio nur äusserlich; s. Obl. u. ius extraord. S. 190. — Vgl. auch: Witte krit. Vierteljahrsschr. VIII S. 333 f., IX S. 485 f.; Gneist, die formellen Verträge S. 148 f.

[6]) Baron S. 324 f.; Mitteis Grünhuts Zeitschr. XIV S. 454 u. a.

[7]) Pand. II § 72.

[8]) Pand. II § 59 N. 3 (obwohl systematisch die Novation als Erfüllungssurrogat behandelt wird) u. arg. § 75 zu N. 2.

[9]) Pand. II § 73 zu N. 9 u. § 75 zu N. 2.

[10]) l. 21 § 3 D. de annuis leg. 33, 1; l. 19 § 4 D. de donat. 39, 5; l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2.

[11]) l. 54 D. de sol. 46, 3.

Auffassung[11a]) ohne weiteres zugegeben werden, dass die Novation im allgemeinen weder Zahlung noch datio in solutum ist, noch von den Römern als solche behandelt wurde. Damit soll nicht gesagt sein, dass sie in keiner Beziehung mit der Zahlung oder der Hingabe an Zahlungsstatt verglichen werden könnte. So wird sie in l. 19 § 4 cit. mit der solutio zusammen in Gegensatz zu der schenkungshalber erfolgten Promission gestellt und in l. 21 § 3 cit. bildet der Untergang der Obligation das tertium comparationis zwischen solutio und novatio.

Eine Gleichstellung mit der Zahlung findet sich auch in anderen Stellen: Ulpian gewährt der Frau, welche intercediert hat und darauf ihren Schuldner delegiert, an Stelle der exceptio S. c. Velleiani die condictio;[12]) ebenso gewährt Paulus dem Freigelassenen, der operae votiert hat, das beneficium liberorum dann nicht, wenn der Freilasser ihn seinem Gläubiger delegiert hat: „solutionis enim vicem continet haec delegatio“;[13]) wenn ferner Erbschaftsschuldner zur Erfüllung eines Legats delegiert werden, so spricht Scaevola von „solutio per novationem“,[14]) und Julian sagt ganz allgemein: „qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur.“[15])

Aber alle diese Stellen, mögen sie nun von der solutio oder der datio in solutum handeln, haben das eine gemein, dass sie sich nicht auf die Novation im allgemeinen, sondern nur auf die Delegation beziehen. Stellen dagegen, welche die Novation ohne Wechsel der Personen der Zahlung gleichstellen, besitzen wir überhaupt nicht. Mit dieser Erkenntnis sind wir auf den richtigen Weg gelangt, die Schwierigkeiten zu überwinden, welche die für uns erheblichen Stellen bieten.

In Betracht kommen für uns: l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2; l. 8 § 11; l. 20 D. ad S. C. Velleianum 16, 1; l. 27 pr. D. de pactis 2, 14; l. 13 § 1 D. de instit. act. 14, 3. Die meisten

---

[11a]) Vgl. Kuntze S. 190; Salpius, Novation S. 148 f.; Salkowski, Novation S. 272; Brinz II S. 373.

[12]) l. 8 §§ 3 u. 5 D. ad S. C. Vell. 16, 1.

[13]) l. 37 § 2 D. de op. libert. 38, 1.

[14]) l. 21 § 3 D. de ann. leg. 33, 1.

[15]) l. 18 D. de fideiuss. 46, 1. Ebenso wird in l. 19 § 4 cit. 39, 5 u. l. 5 D. ad S. C. Vell. 16, 1 die delegatio als solutio oder datio in solutum bezeichnet. Vgl. noch l. 26 D. mandati 17, 1 u. l. 32 D. de R. C. 12, 1. — Die Stellen, welche Fitting S. 50 N. 56 anführt, handeln gar nicht von der delegatio im technischen Sinne. —

von ihnen handeln von der aktiven Korrealität; auf die passive Korrealobligation beziehen sich nur die beiden folgenden:

l. 20 D. ad S. C. Vell. 16, 1 Africanus libro IV quaest: Si pro uno reo intercessit mulier, adversus utrumque restituitur actio creditori.

l. 13 § 1 D. de inst. act. 14, 3 Ulpianus libro 28 ad edictum: Meminisse autem oportebit institoria dominum ita demum teneri, si non novaverit quis eam obligationem vel ab institore vel ab alio novandi animo stipulando.

Aus der ersten Stelle ergibt sich, dass die privative Intercession Gesamtwirkung hat. Die zweite Stelle ist m. W. im Zusammenhang mit der Lehre von der Korrealität bisher noch nicht behandelt worden.[16]) Aus derselben scheint sich zu ergeben, dass jede Novation des Institor den dominus befreit und damit scheint, nachdem wir keinen Grund gefunden haben, die adjektizischen Schuldverhältnisse von den Korrealobligationen auszunehmen, ein positiver Nachweis des von der herrschenden Lehre aufgestellten Satzes gefunden zu sein.[17]) Indessen glaube ich doch, dass man mit dieser Annahme zu weit gehen würde. Wenn die Stelle den Herrn dadurch befreit werden lässt, dass „novaverit quis vel ab institore vel ab alio stipulando“, so ist unter dem „quis“ notwendig eine dritte Person zu verstehen, nicht der Gläubiger des institor selbst. Ebenso ist „alius“ eine dritte Person. Fügt man hinzu, dass die Ausdrucksweise „si non novaverit quis — novandi animo stipulando allzu pleonastisch ist und dass daher, wie in anderen Stellen, so auch hier das „novandi animo“ auf die Rechnung der Kompilatoren gesetzt werden muss, so hat die Stelle im allgemeinen einen sehr guten Sinn, abgesehen davon, dass das „quis“ als Subjekt zu dem „vel ab alio stipulando“ nicht passt, zu letzterem Satze vielmehr der Gläubiger als Subjekt zu denken ist. Das „novare“ erfährt dann durch das „quis ab institore“ und das „creditor ab alio“ — stipulando eine Einschränkung: Nur die Novation befreit den Geschäftsherrn, welche in der Delegation an einem n e u e n Gläubiger oder in der Expromission des bisherigen Schuldners durch einen anderen besteht.

Dies muss, wie ich glaube, für alle Korrealobligationen

---

[16]) Über dieselbe vgl. Baron S. 275; Affolter I S. 202; Salkowski Novation S. 149.

[17]) Vgl. oben Kap. II § 5 zu Note 22.



gelten. Zum Beweis dieser Ansicht muss ich die Stellen hereinziehen, welche von der Wirkung der Novation auf die aktive Korrealobligation handeln.

> l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2 Venuleius libro III stipulationum: Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur et quid iuris unusquisque sibi adquisierit. Fere autem convenit et uni recte solvi et unum iudicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione peremi utrisque obligationem: ex quibus colligitur unumquemque perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum [18]) ab altero poterit, cum id specialiter agit, eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem isque ab eo stipulatus fuerit? aut mulier fundum [19]) iusserit doti promittere [20]) viro, vel nuptura ipsi doti eum promiserit: [21]) nam debitor ab utroque liberabitur.

Die Stelle wird von der Mehrzahl der Schriftsteller als ausreichender Beweis dafür erachtet, dass die Novation, welche von einem Korrealgläubiger vorgenommen wird, den Schuldner von den anderen Korrealgläubigern befreit.

Diese Meinung hat aber schon frühzeitig Widerspruch gefunden. Anknüpfend an die Worte „cum id specialiter agit," hat man geltend gemacht, es könne nach der Stelle die Novation Gesamtwirkung haben, nämlich dann, wenn dies von den Parteien gewollt sei. Der Gläubiger noviere dann nicht mit der Formel: „quod tu mihi debes" etc, sondern mit der anderen „quod tu mihi aut Titio debes". [22])

---

[18]) Mit Recht liest Arndts, Pand. § 268 N. 11 „reum".

[19]) Huschke emendiert „eundem" statt „fundum" und „debitum" statt „eum" (Lindes Zeitschr. N. F. II S. 153 f.) Baron S. 320: „ab alio quo" für „ab aliquo". Mommsen schaltet nach „fundum" ein: „et sibi et alteri debentem" u. schlägt für „promiserit" „remiserit" zu lesen vor.

[20]) [21]) Dicere und dixerit Huschke u. Lenel.

[22]) Huschke Lindes Zeitschrift N. F. II S. 156 ff.; Arndts, Pand. II § 268 N. 11; Rückert Lindes Zeitschr. N. F. XII S. 15, 46; Helmolt S. 142 N. 42; Baron S. 321; Dernburg II § 73 N. 9.

Indessen ist diese Ansicht von der herrschenden Lehre mit Recht nicht acceptiert worden.[23]) Huschke und Baron haben zwar zu ihrer Verteidigung angeführt, es müsse zu dem „cum id specialiter agit“ ergänzt werden: „ut eum ab altero liberet“; die andere Ergänzung „ut prior obligatio novetur“ sei gegen den Zusammenhang, weil Venuleius voraussetze und vorausschicke, dass überhaupt eine Novation stattfinde. Allein diese Argumentation wäre nur dann durchschlagend, wenn von der Voraussetzung ausgegangen werden dürfte, dass die Worte „cum id specialiter agit“ von Venuleius selbst geschrieben wären. Die Ergänzung „ut novetur“ gründet sich dagegen auf die Annahme, dass die vorgenannten Worte ein Emblem des Tribonian sind, und dann steht die Ergänzung „ut novetur“ mit dem Vorhergehenden — vom Standpunkt Tribonians aus — in ganz vorzüglichem Zusammenhang.

Die Thatsache der Interpolation kann schon bei Betrachtung des Prinzipiums der Stelle nicht bezweifelt werden.[24]) Justinians Kompilatoren, welche eifrig bestrebt waren, die Digestenschriften den Neuerungen Justinians anzupassen, haben im principium das „novandi animo“, im § 1 das „cum hoc specialiter agit“ eingeschaltet, wie an anderen Orten ähnliche Wendungen,[25]) ohne auf den Gedankengang der Stelle Rücksicht zu nehmen. Venuleius hat nur geschrieben: „Secundum quae si ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberat reum“, wobei das „quoque“ an die im vorhergehenden genannten Aufhebungsarten der Zahlung, Acceptilation und Litiskontestation anknüpft. Alsdann hat die Stelle den richtigen Zusammenhang. Die Kompilatoren haben nicht auf die zu Beginn des § stehende quaestio gesehen „an alter ius novandi habeat“, sondern auf die dem Emblem unmittelbar vorhergehenden Worte „secundum quae si unus ab aliquo stipuletur“, eine Stipulation, die nach klassischem Recht immer, nach Justinian nur dann Novation bewirkte, „si hoc actum fuit“.

Ist demnach dieses Argument nicht geeignet, die herrschende Lehre zu widerlegen, so kann gegen Huschke noch ein weiteres Moment geltend gemacht werden: Es lässt sich nicht einsehen, wie das „specialiter agere ut reus ab altero quoque liberetur“

[23]) Savigny, Obligationenrecht I S. 166; Fitting S. 49; Windscheid krit. Vierteljahrsschr., III S. 173, Pand. II § 295 N. 3; Brinz II S. 166 N. 25. Salkowski, Novation S. 354.

[24]) Vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 218.

[25]) Vgl. statt aller die l. 8 § 5 D. de nov. 46, 2, oben Kap. I S. 9ff.

zwischen dem Schuldner und dem einen Korrealgläubiger von vornherein diese Wirkung oder überhaupt eine Wirkung sollte haben können.[26]) Nachdem die Römer Verträge zu lasten Dritter ebensowenig kennen, wie zu gunsten Dritter, ist diese Annahme — worauf wir noch unten zu sprechen kommen werden — schlechthin zu verwerfen; sie steht aber überdies in Widerspruch mit dem Zusammenhang der Stelle. Der Jurist fragt, ob der eine Gläubiger zum Nachteil des anderen novieren kann und begründet seine Antwort damit, dass der Gläubiger die nämliche Stellung habe, als ob er der alleinige Gläubiger wäre. Inwiefern hängt diese Begründung mit der Absicht zusammen, den anderen Gläubiger auszuschliessen? Das Richtige geht schon aus der Fragestellung des Venuleius hervor: Aufgeworfen wird zunächst die Legitimationsfrage, welche das „ius novandi" als solches betrifft; die andere Frage „et quid iuris sibi adquisierit" weist schon auf den Gedanken hin, dass, wenn der correus zur Novation befugt ist, er sich erwirbt, und von Rechts wegen den Mitgläubiger ausschliesst.

Wir gehen nunmehr zur Auslegung der Stelle über.

Zur Beantwortung der von ihm gestellten Frage untersucht der Jurist zunächst die rechtliche Stellung des Korrealgläubigers im allgemeinen. Darüber, so führt er aus, sind jetzt die Juristen einig,[27]) dass jeder Gläubiger für sich allein das Recht hat, die Zahlung im Empfang zu nehmen und auf die ganze Leistung zu klagen.[28]) Ebenso darüber, dass jeder Gläubiger die Acceptilation mit Gesamtwirkung vornehmen kann. Hieraus leitet Venuleius den Begriff der Korrealität ab: jeder Gläubiger hat die nämliche Stellung, als wenn er allein Gläubiger wäre, abgesehen davon, dass er durch die konkurrierende Stellung seines Mitgläubigers um seine Forderung kommen kann. Und nunmehr kommt Venuleius auf die gestellte Frage zurück.

Die herrschende Lehre hat angenommen, dass das Folgende die unbeschränkte Bejahung der gestellten Frage enthalte. M. E. mit Unrecht.

---

[26]) Vgl. Salkowski S. 354.

[27]) „Fere autem convenit", ein Passus, der uns zugleich belehrt, dass die einzelnen Rechtssätze bei den Korrealobligationen dem Juristenrecht angehörten. Diese Andeutung einer Kontroverse, sowie die Art der Fragestellung im Eingang der Stelle scheint mir darauf hinzuweisen, dass die römischen Juristen darüber ursprünglich im Unklaren waren, ob die Folge der Gesamtstipulation Korrealität oder Gesamtberechtigung sei.

[28]) So glaube ich hier das „totam rem" wiedergeben zu dürfen.

So allgemein die Frage gestellt ist, so erfährt sie doch nur eine beschränkte Bejahung; sie wird mithin auch zum Teil verneint: „si unus ab aliquo stipuletur, liberat reum ab alio quoque, eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus". Nur dann, wenn für den Schuldner ein anderer in die Obligation eintritt, wird der debitor expromissus auch seiner anderen Gläubiger ledig.

Der Grund dieser Entscheidung scheint mir in einer sehr natürlichen Erwägung zu liegen. Wenn der Schuldner nur von dem einen Gläubiger befreit würde, so würde die una summa, die geschuldet wird, zweimal bezahlt werden: dem einen Gläubiger schuldet der Expromittent, dem anderen der expromissus; beide schulden das nämliche Leistungsobjekt, aber nicht als Korreal- oder Solidarschuldner, weil, wie wir oben gezeigt haben, eine Solidarobligation im klassischen Rechte durch die promissio debiti alieni gar nicht begründet werden konnte.[29])

Noch naheliegender ist die Notwendigkeit, die Gesamtwirkung anzunehmen, in dem von Landucci[30]) angeführten Falle, wenn wir auch nicht behaupten möchten, dass Venuleius gerade diesen im Auge gehabt hat: Wenn der Gläubiger, statt seine Forderung selbst einzutreiben, seinen Schuldner einem Dritten delegiert und sich von diesem Dritten die geschuldete Summe promittieren lässt. Würde hier der Schuldner nicht von beiden Korrealgläubigern frei, so käme er in die unangenehme Lage, dem einen Korrealgläubiger und dem Delegatar seine Forderung bezahlen zu müssen. Denn die Doppelzahlung wäre nur unter der Voraussetzung vermieden, dass der Delegatar neben dem nicht delegierenden Korrealgläubiger correus würde, eine Voraussetzung, die mit den von uns ermittelten und von der herrschenden Lehre geteilten Grundsätzen über die Entstehung einer aktiven Korrealobligation im schneidenden Widerspruch steht.

Deshalb also, weil die Delegation einen neuen Schuldner oder Gläubiger in die Obligation hereinzieht, ohne ihn zum Korreus des bisherigen Gläubigers oder Schuldners zu machen, tritt die Befreiung des Schuldners von dem Korrealgläubiger, welcher nicht noviert hatte, ein. Diese Auslegung entspricht allein den Worten des Venuleius: Es ist nicht Zufall, dass Venuleius — NB! nicht bei Gelegenheit eines responsum oder einer quaestio

---

[29]) Vgl. Kap. I § 1 zu N. 12 ff.

[30]) Archivio giuridico XIX p. 18.

— die Frage, ob der eine Korrealgläubiger novieren kann, dahin beantwortet, dass er delegieren kann; dass dies seine Antwort ist, zeigen die Worte; „eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus". Nicht die Novation in ihrer Allgemeinheit, sondern allein die Novation mit Wechsel der Subjekte wird mit der Zahlung verglichen. Es kann nämlich das „eam stipulationem" auf nichts anderes bezogen werden, weil für Venuleius eine stipulatio cum animo novandi noch gar nicht in Betracht kommen konnte. Die stipulatio, von welcher der Jurist handelt, ist immer Novationsstipulation; daher bezieht sich das „eam", welches, wenn es nicht überflüssig sein soll, eine prägnante Bedeutung haben muss, notwendig auf etwas anderes, als die stipulatio cum animo novandi, d. h. auf die geschilderte Novation, nämlich auf die Delegation.

Immer dann also, wenn die Novation Delegation ist, befreit sie den Schuldner von allen Korrealgläubigern, mag die Delegation dadurch stattgefunden haben, dass der Schuldner seinen Schuldner dem einen Gläubiger, oder dass dieser den Schuldner seinem eigenen Gläubiger, oder einem sonstigen Dritten delegierte. Die ratio ist für alle diese Fälle die gleiche.

Diese Auslegung wird vor allem bestätigt durch die von Venuleius angeführten Beispiele. „Alioquin quid dicemus?" „Was sollten wir dazu sagen, wenn es anders wäre? Zu welch ungereimten Konsequenzen würde man kommen?" Das erste Beispiel, welches die Notwendigkeit der von Venuleius entwickelten Ansicht darthun soll, ist die Delegation des Schuldners an den Gläubiger des Korrealgläubigers; das zweite die Delegation des Schuldners durch die Gläubigerin an ihren Verlobten zur dotis dictio; oder, wenn der Schuldner selbst der Verlobte ist, die dictio dessen, was die Braut von ihm zu fordern hat.[31])

Diese Beispiele sollen die Notwendigkeit der Befreiung des Schuldners von beiden Korrealgläubigern nachweisen. Das ergibt namentlich der Schlusssatz: „nam ab utroque liberabitur",

[31]) Über den Schluss der Stelle vgl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten S. 305 f.; Bechmann, Dotalrecht II S. 115; Huschke a. a. O. Die Stelle bietet einige textliche Schwierigkeiten. Darüber, dass ursprünglich von der dictio dotis die Rede war, wird kaum ein Zweifel bestehen. Ob statt des letzten „promiserit" mit Hasse u. Lenel „dixerit" oder mit Mommsen „remiserit" zu lesen ist, kann dahingestellt bleiben. Die Insertion Mommsens „et sibi et alteri debentem" wird im allgemeinen Zustimmung finden müssen; die Konjektur Huschkes „eundem" in „fundum" und „debitum" statt „eum" dürfte im Hinblick auf die Basiliken abzulehnen sein.

und zwar in gleich schlagender Kürze wie die in Frageform aufgeführten Beispiele. Die Frage lautet: Würde es nicht unsinnig sein, wenn der Schuldner forthaften würde? Die Antwort wird durch „nam“ eingeleitet: Die Beispiele sind nicht unsinnig; denn der Schuldner wird von jedem Gläubiger befreit.

Endlich wird diese Auslegung noch besonders bestärkt durch die Basiliken, welche, nachdem sie ausgeführt haben, dass an einen Korrealgläubiger gültig bezahlt werden kann und dass der eine Korreus durch die Litiskontestation mit dem Schuldner seinen Mitgläubiger ausschliesst, fortfahren:

καὶ μεταφέρων δὲ τὴν ἐνοχὴν καὶ ἄλλον χρεώστην λαμβάνων τὸν πρῶτον χρεώστην ἐλευθεροῖ ἐξ ἑκατέρου,[32])

wobei das *μεταφέρων καὶ λαμβάνων* nicht notwendig mit „novatio et delegatio“ wiedergegeben werden muss, sondern sehr gut das *μεταφέρειν* den einen Teil der Delegation, nämlich die Aufhebung der bisherigen Obligation, das *λαμβάνειν* die Obligierung des neuen Schuldners, beides als Glieder des einheitlichen Delegationsaktes gedacht, bedeuten kann. Nur mit dieser Auffassung stimmt das „*καὶ τὸν πρῶτον χρεώστην ελευθεροῖ ἐξ ἑκατέρου*“ überein, weil es beweist, dass der Jurist nur an eine Novation mit Wechsel des Schuldners gedacht hat. Ausserdem würde, wenn *λαμβάνειν* und *μεταφέρειν* in dem Gegensatz der delegatio und novatio ständen, dieser Gegensatz kaum durch ein blosses *καί*, sondern wohl durch die trennende Doppelpartikel *τε-καί* angedeutet sein.

Das Ergebnis unserer Interpretation besteht darin, dass die herrschende Lehre von der Gesamtwirkung der Novation bei den Korrealobligationen nicht haltbar ist.

Wir glauben vielmehr, dass in erster Linie praktische Rücksichten Venuleius veranlassten, bei der Delegation im Gegensatz zur Novation die Gesamtwirkung anzunehmen. Wir sehen uns in unserer Meinung dadurch bestärkt, dass sie Venuleius nur nebenher mit der Wendung zu rechtfertigen sucht: „eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. Der Satz soll nicht Begründung, sondern Bestärkung sein; daher muss der wahre Grund anderswo liegen. In dem „perinde ac si solus esset“ kann er nicht wohl gelegen sein, da diese Begründung, wenn sie sich auch nicht bloss auf die Legitimationsfrage bezieht, doch immer noch die Frage offen liesse, wie das factum des

---

[32]) Basil. XXVI, 4, 31; Heimbach tom. III S. 113.



einen Korrealgläubigers, durch welches auch der andere seinen Schuldner verliert, beschaffen sein muss.

Unsere Auslegung erklärt aber nicht bloss die l. 31 § 1 befriedigend, sondern sie lässt sie auch im vollen Einklang mit den Stellen erscheinen, welche der Delegation die Gesamtwirkung bei den passiven Korrealobligationen beilegen,[33]) sowie mit den anderen, welche nur die Delegation mit der Zahlung vergleichen.[34]) Dabei erhebt sich allerdings die Frage, inwiefern diese Vergleichung bei der Delegation, und nicht auch bei jeder anderen Novation, gerechtfertigt ist.

Wir haben schon oben zugegeben, dass die Novation nicht Zahlung ist; sie kann es nicht sein, weil die solutio eine causa, die Novation ein Formalakt ist;[35]) sie kann auch nicht datio in solutum sein, weil sie unstreitig älter als diese ist; sie bewirkt Tilgung, aber nicht Befriedigung.[36]) Aber es besteht doch ein innerer Unterschied innerhalb dieses allgemeinen Novationsbegriffes zwischen der Novation im engeren Sinn und der Delegation. Dieser Unterschied ist freilich kein juristischer; beide Novationen sind Tilgungsmodi; aber im einen Fall bleibt der Gläubiger forderungsberechtigt, der Schuldner verhaftet, während im anderen Falle Gläubiger oder Schuldner aus der Obligation austreten.[37])

Diese Verschiedenheit hat bei den Römern Berücksichtigung gefunden. Die römischen Juristen haben das tilgende Moment der Novation niemals utriert; in erster Linie war ihnen die Novation ein Mittel der Obligationsänderung,[38]) und das tilgende Moment trat hinter dem konservierenden Moment da umsomehr zurück, wo der Gläubiger und der Schuldner mit dem debitum in die neue Obligation hinübergenommen wurden. Dieser Gesichtspunkt, der erst der juristischen Konstruktion weichen musste, spricht sich noch aus in der Bezeichnung des Vorganges als „novare“, welches nicht nur die Neubegründung, sondern auch die Aufhebung, und zwar die letztere vorwiegend, bezeichnet.[39])

---

[33]) Oben S. 215.

[34]) Oben S. 213.

[35]) Salpius, Novation S. 148f.; Baron S. 327; Kuntze S. 191; Salkowski S. 274 f.

[36]) Salkowski § 2 S. 28 ff.

[37]) Vgl. Landucci S. 137.

[38]) Vgl. l. 1 pr. D. de nov. 46, 2: Novatio est prioris debiti in alium obligationem transfusio et translatio.

[39]) Vgl. Bähr, Anerkennung S. 45; Salpius, Novation S. 133; Salkowski,

Novation ist aber die Neubegründung durch Tilgung oder die Tilgung um der Neubegründung willen; d. h. die Veränderung, wie denn auch anderwärts novare die Veränderung bezeichnet.[40]) Dieser Gesichtspunkt war um so begründeter, als die Novation nach der heute immer mehr durchdringenden Ansicht nicht jede beliebige Neuschaffung zum Gegenstand haben konnte, sondern notwendig in einer transfusio debiti in aliam obligationem bestand, sodass die Änderungen, welche durch die neue Promission der alten Schuld erreicht wurden, verhältnismässig geringfügiger Art waren: Zufügung oder Beseitigung einer Bedingung oder Befristung, Aufnahme eines neuen Gläubigers oder Schuldners neben dem bisherigen oder an Stelle desselben, Umgiessung einer Kausalobligation in eine Formalobligation; dass dagegen der Gegenstand der Obligation durch die Novation geändert werden konnte, widerspricht dem Novationsbegriff und lässt sich aus den Quellen nicht nachweisen.[41])

Deshalb haben die Römer die novatio niemals im allgemeinen mit der solutio oder datio in solutum auf eine Stufe gestellt. Wenn auch juristisch die neue Obligation den Ersatz für die untergegangene bilden soll, so hat doch hier den Römern das materielle Moment das formelle überwogen: das neue debitum ist ihnen nicht das Tilgungsmittel der alten Schuld, sondern es ist umgekehrt der Untergang der alten Schuld Voraussetzung für die Entstehung der neuen.[42])

Novation S. 40 f. Niemals wird novare von der konstituierenden Wirkung gebraucht. M. E. weist diese Erscheinung notwendig auf die Veränderungsnatur der Novation hin; dass die Quellen ableiten „a novo et a nova obligatione" (l. 1 pr. de nov.) steht dem nicht entgegen, da die nova obligatio eine frühere Obligation voraussetzt.

[40]) Vgl. Georges s. h. v. Deshalb kann mir auch die Erklärung Karlowas II S. 742, der zufolge „novare" „ursprünglich, wie man nicht bezweifeln darf", die Begründung der nova obligatio bezeichnet, und erst später, als das Erfordernis des animus novandi aufkam, für die tilgende Wirkung gebraucht wurde, nicht einleuchten.

[41]) Für die Identität des Objektes als Voraussetzung der Novation s. Landucci S. 135 N. 4; Salkowski S. 79; Salpius S. 159 ff.; Gide, la novation p. 117; Hruza, Novation S. 9; Dernburg II § 59 N. 4; Brinz II § 282 zu N. 1 ff.; Karlowa II S. 742 (anders Windscheid II § 353 zu N. 4); vgl. Gai III 79, 170; l. 2; l. 8 § 1; l. 14; l. 32; l. 34 § 2 D. de nov. 46, 2; l. 4 § 1 D. de usur. 22, 1; l. 71 D. pro socio 17, 2; l. 17 D. de cond. furt. 13, 1; l. 4 D. de act. empti vend. 19, 1; l. 56 § 7 D. V.O. 45, 1; l. 9 § 2 D. de nov. 46, 2; l. 91 § 6 D. de V.O. 45, 1.

[42]) Salkowski S. 272 f. Anders Windscheid II § 353 N. 1. So erklärt

Anders bei der Delegation. Diese erschien den Römern, wenn auch nicht ihrem juristischen Wesen, so doch ihrem Erfolg entsprechend, als Zahlung, indem entweder der Gläubiger oder Schuldner aufhörte, Gläubiger oder Schuldner zu sein, und zwar gerade infolge der Delegation. Der Schuldner wird frei, weil er dem Gläubiger eine — subjektiv andere — Obligation als Ersatzmittel gibt; der Gläubiger büsst seine Forderung ein, weil er sich durch die Delegation des Schuldners an einen Dritten selbst bezahlt macht. Deshalb betrachten die römischen Juristen die Delegation selbst als Zahlung.

Damit ist das Problem gelöst. War die Zahlungsnatur der Delegation von der Jurisprudenz einmal anerkannt, so fiel die Anwendung dieses Satzes in seinen Konsequenzen nicht schwer. Das „quia in locum solutionis succedit, hic quoque eodem loco habendum est“ [43]) musste für die Delegation ebenso zutreffen, wie für den Schiedseid, und zwar umsomehr, als die wichtigsten praktischen Gründe dafür sprachen, den Grundsatz bei der Delegation von seiten eines correus credendi vollkommen auszunutzen. Bei der Novation im engeren Sinne lagen diese Gründe nicht vor: die Gefahr einer Doppelzahlung war ausgeschlossen.

Wir gelangen daher zu dem Ergebnis, dass nicht der Novation an sich, sondern nur der Novation mit Wechsel der Subjekte die von der herrschenden Lehre angenommene Gesamtwirkung zukommt. [44])

Ist dies aber der Fall, und beruht diese Wirkung auf den vorgelegten Erwägungen, dann kann aus der aktiven Korrealität auf die passive, und von der Korrealität überhaupt auf die Solidarität der Schluss gezogen werden, der von anderem Standpunkte aus, wenn man nicht die Novation als Zahlung betrachten will, vollständig versagt. Warum die Gesamtwirkung eintreten kann, wenn die Parteien, zu welchen der correus non novans doch gerade nicht gehört, dies wollen, das ist für die passive Korrealität so wenig einzusehen, wie für die aktive; und warum das, was für die aktive Korrealität gilt, auch für die passive angenommen werden müsste, ebensowenig; ist dagegen der Grund

---

es sich auch, dass der Untergang der alten Obligation nicht notwendig von der Entstehung der neuen Obligation abhängig ist; vgl. Karlowa II S. 742 unten, aber auch Dernburg II § 60 N. 2.

[43]) l. 28 § 1 D. de iureiur. 12, 2, vgl. den vorigen §.

[44]) Wir stimmen mithin im Ergebnis mit Landucci überein, ohne dass aber diese Ausführungen auf den Seinigen beruhten.

der Delegationswirkung nicht in der Korrealität, sondern in der Delegation zu suchen, dann muss diese Wirkung überall da eintreten, wo eine Delegation stattgefunden hat, mögen nun aktive oder passive Korrealobligationen oder blosse Solidarobligationen in Frage stehen. —

Mit diesem Ergebnis stimmen auch die oben angeführten Stellen vollkommen überein; nur unsere Auffassung ist aber auch im stande, die l. 31 § 1 D. de novationibus cit. mit einer anderen Stelle zu vereinigen, nämlich mit der l. 27 pr. D. de pactis 2, 14:

> Paulus libro III ad edictum: Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis si recte solvatur: sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint licet novare non possint. quod est verum. idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.

Die Stelle behandelt die Frage, ob das pactum de non petendo eines argentarius socius dem anderen schadet. Die Frage wird unter Berufung auf vier Autoritäten der römischen Jurisprudenz verneint, selbst für den Fall, dass ein pactum in rem vorliege, mit der Begründung, dass ebensowenig einer von den Argentarien novieren könne, obgleich er zum Zahlungsempfang berechtigt sei; ebenso wie die Gewaltunterworfenen wohl die schuldige Leistung in Empfang nehmen, aber nicht novieren können.

Man schliesst aus dieser Stelle, dass bei blossen Solidarobligationen, zu welchen man die argentarii socii rechnet, die Novation im allgemeinen und mithin auch die Delegation keine Wirkung auf die Obligation des Mitgläubigers ausübt, und findet sich bezüglich des „idemque in duobus reis stipulandi“ mit der Bemerkung ab, dieser Zusatz sei nur auf das pactum de non petendo zu beziehen, nicht aber auf die Novation.[45])

---

[45]) Dass Savigny I S. 175 f. dies überzeugend nachgewiesen habe, wie Baron S. 320 N. 1 und andere meinen, kann ich nicht finden. Es ist vielmehr eine nur assertorische Ausführung Savignys, dass die Stelle von „idem Labeo“ an bis „quod est verum“ eine Einschaltung sei, und diese Behauptung wird, wie Savigny S. 176 selbst angibt, darauf gestützt, dass „nur so die Behauptung des Paulus beschränkt wird auf die Unfähigkeit der correi zu einem Erlassvertrag“, was „nicht nur aus inneren Gründen“ (welchen?) „sondern auch mit den unzweifelhaftesten Zeugnissen (l. 31 § 1 de nov. cit!) in unauflöslichem Widerspruch stehen würde.“ Wie Savigny übrigens schon Voet, ad tit. D. 45, 2,

Uns will diese Erklärung absolut unannehmbar erscheinen.

Nachdem der Jurist über die Meinung der Autoritäten referiert hat, gibt er seine eigene Meinung ab mit den Worten: „quod est verum. idemque in duobus reis stipulandi dicendum est". Mit den ersten schliesst er sich an die Autoritäten an, und zwar, wie wohl nicht bestritten werden kann, in Thesis und Ausführung; wenn er dann weiterfährt: idemque etc., so scheint es uns ganz ausgeschlossen, das nur auf das weit vorn stehende „an noceat exceptio" zu beziehen; vielmehr schliesst sich das idemque wohl zunächst der Begründung an, welche Paulus vorbehaltlos acceptiert, um die Konsequenz derselben auch auf die duo rei stipulandi anzuwenden.[46])

Diese Auffassung erfährt eine wesentliche Bestärkung durch die Basiliken:[47])

> *Ὁ εἷς τῶν δύο ἐνόχων ἐπερωτώντων καὶ τῶν δύο κοινωνῶν ἀργυροπρατῶν, οὔτε γενικῶς συμφωνῶν βλάπτει τὸν ἄλλον. οὔτε γὰρ ἀνανεοῦν μόνος δύναται, εἰ καὶ τὰ μάλιστα ἀπαιτεῖν καὶ ὑποδέχεσθαι τὸ ὅλον δύναται. Καὶ τῷ ὑπεξουσίῳ γὰρ καταβάλλεται τὸ παῤ αὐτοῦ δανεισθέν, εἰ καὶ μὴ δύναται ἀνακαινίσαι.*

---

§ 5, welcher wörtlich das Nämliche sagt. Auch Vangerow III § 573 N. 5 S. 90 bleibt bei einer blossen Erklärung stehen, bemüht sich aber, die Konsequenz, dass wenigstens der argentarius nicht novieren kann, thunlichst zu entkräften. Aber es will mir ein künstliches Auskunftsmittel scheinen, das alium auf eine dritte Person zu beziehen und den Sinn des Satzes „nam nec novare alium posse" so zu verstehen: denn es kann einer (der Jurist würde dann doch wohl „aliquem" geschrieben haben) sehr wohl zum Zahlungsempfang berechtigt sein und braucht doch nicht novieren zu können. (Immerhin ist das „alium" auffällig; man wird es vielleicht als Hellenismus = *ἄλλον* oder *τὸν ἕτερον* = einer von den genannten argentarii socii, erklären können). Und wo wäre dann das tertium comparationis zwischen Novation und pactum, welches den weiteren von Vangerow dem Paulus und Labeo untergelegten Gedankengang rechtfertigen soll? Die Bemerkung: wie einer die Zahlung empfangen kann, ohne novieren zu können, so kann einer sie auch in Empfang nehmen, ohne paktieren zu können, wäre zwar nicht unlogisch, aber doch nur eine sehr negative Begründung. Mir scheint das „nam" darauf hinzuweisen, dass das „novare non posse" auf das Vorhergehende zu beziehen ist und die Begründung für das non nocere exceptionem bilden soll. — Gegen Vangerow auch Landucci Archivio Giuridico XIX p. 12 u. (ohne Begründung) Karlowa II S. 725 unten. — Fitting, welcher S. 49 der Erklärung Savignys zustimmt, schlägt jedenfalls damit seine eigene Behauptung auf S. 57, dass auch bei Solidarobligationen die Novation Gesamtwirkung haben müsse.

[46]) Vgl. Landucci, Archivio giuridico XIX p. 14 sq.

[47]) Bas. XI, 1, 27. Heimbach tom. I S. 597 ff. und Scholien.

Die Basiliken erkennen also an, dass die Novationsbefugnis dem correus ebenso wie dem argentarius socius fehlt, und wir sehen keinen Grund, anderer Meinung zu sein. Unter dieser Voraussetzung besteht auch durchaus keine Antinomie zwischen der l. 31 § 1 cit. und der l. 27 pr. cit., und infolgedessen auch keine Veranlassung, die von der Mehrzahl der Schriftsteller geteilte Auslegung Savignys zu acceptieren. Man muss nur auch die l. 31 § 1 richtig verstehen; dann bildet das „nec novare posse" der l. 27 die passende Antwort auf das „an alter ius novandi habeat, quaeritur" der l. 31; eine einzige Ausnahme ist zu machen für den Fall „si unus ab aliquo stipuletur": novatione quoque eum ab altero liberat.

Infolge dieses Ergebnisses kann für uns die Frage unerörtert bleiben, ob argentarii socii Korreal- oder Solidar-Gläubiger oder -Schuldner sind. Sie wird sich überdies durch das Endergebnis dieses Buches als belanglos herausstellen. Wer freilich die Gesamtwirkung der Novation behauptet, der muss die Auslegung der l. 27 von Savigny acceptieren und dann konsequent die Solidarobligationen in Gegensatz zu den Korrealobligationen stellen. —

Die Gesamtwirkung der delegatio und expromissio tritt ein, auch wenn sie nicht gewollt ist, weil sie auf der Zahlungsnatur dieser Geschäfte beruht. Freilich wird das Gegenteil häufig behauptet.[48]) Baron[49]) insbesondere legt der Novation im allgemeinen die Gesamtwirkung bei, wenn sie beabsichtigt ist, und beruft sich dafür auf die l. 33 § 1 D. de stipul. servor. 45, 3: Paulus libro XIV ad Plautium: Si duo rei stipulandi usum fructum in servo habeant vel quibus bona fide serviebat et iussu unius a debitore stipuletur, ei soli adquirit.

M. E. ist Baron darin vorbehaltlos zuzustimmen, wenn er behauptet, dass die Stelle keineswegs von der befreienden, sondern von der konstituierenden Wirkung der Novation zu verstehen sei.[50]) Aber wie Baron dazu kommt, hieraus zu folgern,

---

[48]) Huschke Lindes Zeitschr. II S. 156; Baron S. 320 ff.; Dernburg, Pand. II § 73 zu N. 9; Mitteis Grünhuts Zeitschrift XIV S. 455; Unger Jherings Jahrb. XXII S. 269; Arndts, Pand. § 268 N. 11; Mages S. 125 f.

[49]) S. 321.

[50]) Dabei kann ich freilich der Argumentation Barons nicht folgen. Es ist richtig, dass dem Usufructuar nicht iussu, sondern nur ex re oder ex operis servi erworben wird. Wenngleich nun auch für uns res usufructuarii nur dessen Sonderobligation ist, und wenn auch nur sie noviert werden konnte,

dass die Wirkung der Novation auf eine Sonderobligation beschränkt werden konnte, — man muss im Sinne Barons ergänzen: wenn man dies wollte — ist mir unverständlich. Gerade in diesem Beispiel spielt die Absicht der Parteien keine Rolle: Würde der Sklave noch so sehr die Absicht gehabt haben, auch dem anderen Usufruktuar zu erwerben, so würde die Wirkung doch die nämliche gewesen sein. Man wird dagegen vielleicht einwenden, dass der iussus des einen Usufruktuars dem Sklaven die Willensrichtung angebe, in welcher der letztere zu handeln hat; allein man kann erwidern, dass der iussus des Usufruktuars nur die Beschränkung der res bezeichnen soll: weil der Sklave iussu des einen Usufruktuars handelt, handelt er ex re eius; würde ihm der Befehl zur Novation von beiden Usufruktuaren gegeben worden sein, so würde er beiden erworben haben, nicht weil er dies wollte, sondern weil er für beide, nämlich ex re utriusque, noviert haben würde: „Quod Seio et Titio debes, id sub condicione Titio idemque Seio dare spondesne?[51]) Dasselbe wird anzunehmen sein, wenn er auf Grund des iussus noviert, ohne die Namen der Berechtigten im Interrogativsatz zu nennen.

Die Stelle bildet also einen Beleg dafür, dass die Novation regelmässig nur Wirkung für den Novanten hat, nicht für seine Mitgläubiger. Dann freilich, wenn man mit Salkowski[52]) mit der konstitutiven Funktion die Gesamtwirkung verbindet, muss die Stelle gegen uns beweisen: die Stelle würde dann aussprechen, dass im gegebenen Fall die Novation Gesamtwirkung hätte, und diese könnte unter keinen Umständen auf die besondere Natur des Falles zurückgeführt werden. Indessen ist doch Salkowskis Ansicht, dass, wenn der Schuldner von dem anderen reus stipulandi nicht befreit werden sollte, die Frage, wer aus der Stipulation erwerbe, kaum ein juristisches Interesse darbieten würde, nicht beizupflichten. Man denke nur an den Fall, dass eine bedingte oder betagte Forderung in eine obligatio pura verwandelt wird!

Wenn sich ferner Baron auf die l. 29 D. de lib. leg. 34, 3 beruft, um zu behaupten, dass es Fälle gibt, in welchen die

---

so kann ich doch nicht einsehen, warum nicht die andere Obligation durch diese Novation mittelbar aufgehoben werden konnte, vorausgesetzt, dass die Novation diese Aufhebung überhaupt ermöglichte. Nicht zustimmen kann ich Salkowski S. 357 N. 46.

[51]) Vgl. l. 29 D de stip. servor. 45, 3.

[52]) Novation S. 356.

Novation auch bei der passiven Korrealobligation nur eine Sonderobligation aufhebt,[53]) so könnten wir uns mit diesem Satze im allgemeinen einverstanden erklären, wenn nicht die Novation, von welcher in der Stelle die Rede ist, gerade Delegation wäre. Die Stelle ergibt unseres Erachtens, dass der Delegation die Gesamtwirkung zukommt; es ist ja mit keinem Worte gesagt, dass die delegatio per stipulationem die von uns angenommene Gesamtwirkung nicht haben könne. Denn wenn die „petitio" hier die Litiskonstestation bezeichnet, so ist überhaupt von der delegatio per litiscontestationem die Rede; und diese vollzog sich eben dadurch, dass der neue Gläubiger mit dem Schuldner die Litiskontestation vornahm. Das delegare bedeutet mithin nichts anderes, als die Ernennung des Dritten[54]) zum procurator oder cognitor, der durch die Litiskontestation mit dem delegatus die Forderung erwirbt. Barons Ausführungen hätten nur dann Berechtigung, wenn das delegare von einer delegatio per novationem verstanden werden müsste, auf welche erst die Litiskontestation folgte, und bei welcher schon in der Intentio der Name des neuen Gläubigers genannt wäre. Dann würde sich allerdings aus der l. 29 ergeben, dass nicht schon die Delegation den Schuldner von den sämtlichen Korrealgläubigern befreit, sondern erst die Klage des Delegatars; dass dies aber nicht der Sinn der l. 29 ist, darüber kann nach der trefflichen Interpretation Kellers[55]) kein Zweifel sein.[56])

---

[53]) S. 323.

[54]) Vgl. l. 11 § 1 D. de nov. 46, 2; Vat. Fragm. § 263; l. 11 pr. D. de nov. 46, 2; l. 17 D. eod; Keller, Litiskontestation und Urteil S. 91 N. 6; Salkowski, Novation S. 118 f.; Brinz II § 260 zu N. 2.

[55]) Keller, Litiskontestation S. 456 ff.

[56]) Gegen Baron auch Salkowski, Novation S. 121 N. 40. — Übrigens nimmt Baron kaum an, dass in dem Fall der l. 29 cit. der Litiskontestation die Delegation vorausging, sondern er folgert augenscheinlich: da der delegatio per litiscontestationem die fragliche Wirkung eingeräumt wird, so ergibt sich e contrario, dass die delegatio per stipulationem diese Wirkung nicht hat, ein Schluss, der natürlich nicht berechtigt ist. Denn wenn Paulus in l. 29 die letztere übergeht, so hat dies seinen Grund darin, dass die delegatio per stipulationem eine Promission des Schuldners erfordert, zu welcher er nicht genötigt werden kann, während die Litiskontestation wenigstens mittelbar erzwungen wird. — Was die anderen Stellen, welche Baron hereinzieht, betrifft, so genügt die Bemerkung, dass die l. 20 D. ad S. C. Velleianum wohl von der Restitution nach der Litiskontestation handeln könnte, aber nicht handeln muss, und dass, selbst dies vorausgesetzt, die Stelle immer noch nicht sagt, dass erst durch diese Litiskontestation der andere Korreus befreit wurde.

Was dagegen Baron zur Stütze seiner Lehre beibringt, insoweit sie auf eine Verneinung der Gesamtwirkung hinausläuft, scheint uns wohl gelungen zu sein. Durch die Novation wird wie wir schon oben ausgeführt haben, der Inhalt der Obligation, wenn wir an den quellenmässig belegten Funktionen der Novation festhalten, so wenig modifiziert, dass die bewirkte Verschiedenheit zwischen den einzelnen Obligationen nicht einmal bei der Neubegründung einer Korrealobligation im Wege stünde, und jedenfalls weniger modifiziert, als es durch die mora eines Korreus geschieht. Und dass die Novation als solche nicht Zahlung ist, haben wir schon oben dargethan.[57])

Aber diese Gründe vermögen sämtlich die Anschauung Barons nicht zu retten. Es ist eine reine Fiktion, dass der Gläubiger in dem einen Falle den Willen habe, mit dem einen Schuldner zu novieren und den anderen zu befreien, im anderen Falle nicht; aber jedenfalls hat es, wenn der Wille bei dieser Frage überhaupt eine Rolle spielt, auf den Willen des Gläubigers ebensosehr anzukommen,

---

Dass dies gar nicht der Fall sein kann, ergibt sich daraus, dass durch die Intercession die Frau nicht Korrealschuldnerin werden könnte. S. diesen § zu N. 29. Gegen Baron auch Salkowski, Novation S. 352 N. 32. Die l. 8 § 11 D. eod. 16, 1 aber behandelt den Fall, dass eine Frau bei einem Korrealgläubiger für den Schuldner intercediert hat. Hier heisst es: Nur dem wird die Klage restituiert, bei dem intercediert wurde. Das setzt voraus, dass beide Gläubiger die Klage verloren hatten; will Baron auch hier einen Verlust erst durch Litiskontestation annehmen, so gilt gegen ihn das Gleiche, wie bezüglich der l. 20 cit. Vgl. auch Salkowski S. 351 f. Was endlich die l. 5 § 1 D. de don. int. vir. et ux. 24, 1 betrifft, so glaube auch ich, dass die Römer bei der Novation ebenso entschieden haben würden, wie bei der Acceptilation — dass nämlich der Schuldner befreit wird, dem acceptoferiert wird, während die Ehefrau verhaftet bleibt — wenn dieser Fall so denkbar wäre, wie ihn Baron angeführt hat. Allein wenn, wie wir glauben, die einfache Novation ohne Wechsel der Subjekte für den Fortbestand der Korrealobligation ohne Einfluss ist, so wird die Schenkungsabsicht des Gläubigers gegenüber seiner uxor-correa durch diese Novation gar nicht erreicht; lässt er sich aber von dem Korreus einen Dritten delegieren, so ist die Befreiung seiner Frau einerseits notwendig, weil er sonst seine Forderung verdoppeln würde, und anderseits nicht Schenkung, weil er, im Gegensatz zur Acceptilation, ein Äquivalent für seine Forderung erhält. Ebensowenig vermöchten wir uns eine schenkungshalber erfolgende Litiskontestation vorzustellen.

[57]) Den Einwand Barons dagegen (S. 330), dass der Gesichtspunkt der datio in solutum deshalb nicht brauchbar sei, weil nicht zu erkennen sei, ob für alle Sonderobligationen gegeben ist oder für eine einzige, kann offensichtlich nicht zutreffen: die datio in solutum bildet immer, gleichviel, was der Wille der Parteien ist, einen Erlöschungsgrund für alle Obligationen.

wie auf den Willen des correus novans; er wird aber, wenn die Novation nicht schon an und für sich befreiend wirkt, den Willen haben, diese Wirkung nicht erst hervorzurufen, damit nicht aus einer Korrealobligation eine einfache Obligation werde. Und bei der Delegation wird sein Wille durch das Interesse geleitet sein, den Vorteil, den ihm die Delegation durch Beibringung eines neuen Schuldners neben dem anderen Korreus gewähren würde, mit welch letzterem der delegatus nicht einmal im Korrealverhältnis stünde, durch doppelte Perception der Schuld auszunutzen. Noch klarer wird dies bei der aktiven Korrealobligation: es ist nur eine Behauptung, dass der Korrealgläubiger, welcher seinem Gläubiger den Schuldner delegiert, offenbar diesen zum alleinigen Gläubiger machen will; und wie stimmt diese Behauptung zu der anderen, dass „der Korrealgläubiger von seinem Rechte, über die ganze Korrealobligation zu verfügen, Gebrauch machen werde, sobald sein Interesse es erheischt?“ Hat der Korrealgläubiger überhaupt ein Interesse daran, dass der Schuldner auch von seinem Mitgläubiger befreit wird? Und hat der Schuldner, ausser wenn er mit seinem Korrealmitschuldner in einer Gesellschaft steht, irgend ein Interesse an der Befreiung der letzteren? Das erstere Interesse ist nicht anzuerkennen; denn durch die Delegation wird der Delegant befreit; er haftet nicht für die Leistung an den Delegatar. Und das Interesse des Korrealschuldners besteht immer darin, dass nicht er, sondern sein Mitschuldner in Anspruch genommen werde; es fehlt also auch hier der Argumentation Barons an der realen Grundlage. Was zur gewollten Gesamtwirkung führen würde, wäre nicht das Interesse des Handelnden, sondern bei der aktiven Korrealobligation Chikane, bei der passiven Altruismus.[57a])

Wir müssen aus diesen Gründen das Willensmoment für die hier behandelte Frage als belanglos bezeichnen. Wir können insbesondere auch nicht Mitteis[58]) zustimmen, welcher seine mit Baron übereinstimmende Meinung damit begründet, „dass die subjektiv beschränkte Novation eigentlich eine stillschweigend bedingte sei“. Damit wird dem Willensmoment eine grössere Rolle zugewiesen, als der thatsächlichen Sachlage entspricht. Auch

---

[57a]) Über die l. 32 D. de nov. 46, 2, welche Huschke in Lindes Zeitschr. N. F. II S. 162 und Arndts, Pandekten § 268 N. 11 u. E. noch für die herrschende Lehre anführen, siehe Salkowski, Novation S. 344 ff.

[58]) Grünhuts Zeitschrift XIV S. 454/455.

wenn der Gläubiger den Willen erklärt, nur die Obligation dieses einen Korrealschuldners, oder nur seine eigene Forderung novieren zu wollen, so ist reell doch nur der Wille des Gläubigers, mit diesem Schuldner zu novieren; die Bedingung, welche Mitteis diesem Geschäft beifügt, ist keine „stillschweigende", sondern eine nicht erklärte, und es hat daher hier wie sonst der Grundsatz zu gelten, dass ein Wille, der keinen juristischen Ausdruck gefunden hat, rechtlich belanglos ist. Der Fehler der Mitteis'schen Argumentation liegt darin, dass er von einer falschen allgemeinen Voraussetzung ausgeht: die Gesamtwirkung ist nicht gewollt; sie ist nicht Vertrags-, sondern Reflexwirkung; dass die Reflexwirkung überhaupt nicht ausgeschlossen werden kann, ergibt sich schon daraus, dass sie vom Willen der Parteien unabhängig ist; es zeigen dies aber auch — analog — die Stellen, welche von der Wirkung der acceptilatio auf Korrealobligationen bei der liberatio legata handeln.[59]) Ist dies aber richtig, dann wird die Lehre von Mitteis, dass eine subjektiv beschränkte Novation eine bedingte Novation sei, aus einem weiteren Gesichtspunkt hinfällig: die Bedingung wäre unmöglich und würde das ganze Novationsgeschäft nichtig machen. Dass aber die Wirkung der Novation — bezw. Delegation — eine blosse Reflexwirkung ist, ergibt sich aus den Quellen, welche weit davon entfernt sind, dem Willensmoment irgend eine Rolle zuzuweisen.[60])

Zum Schlusse haben wir noch einen Blick auf Waldner zu werfen, welcher, auf Deduktionen aus den Quellen verzichtend, seine Ansicht hier wie bei anderen Fragen ausschliesslich a priori entwickelt.[61])

Waldner stellt die Frage: „Ist es möglich, dass die Novation einer Verpflichtung, deren Gegenstand der Schuldner zum Teil im eigenen, zum Teil im fremden Namen schuldet, die korrespondierende Verpflichtung des Mitschuldners unaffiziert lasse?" Seine Argumentation hat demnach die Richtigkeit seiner Korrealitätstheorie zur Voraussetzung; sie fällt mit ihr, so bald ihre Unrichtigkeit dargethan ist. Überdies aber müssen wir die Argumentation als solche ablehnen: Nach Waldner wird, soweit der novierende Korreus für seinen Mitschuldner haftet, dieser befreit,

---

[59]) Vgl. oben § 9 S. 199 ff.

[60]) Dies gilt auch von Unger, S. 269. Die Ansicht Hartmanns, Zeitschr. f. schweizerisches Recht N. F. VI S. 134 f., hat erst für das neue Recht Bedeutung.

[61]) S. 51 ff.

weil es im Wesen der Novation liegt, dass man anders als eigennamig nicht obligiert wird; die Novation ist insoweit immer Expromission; insoweit aber der novierende Korreus im eigenen Namen schuldet, wird der Mitschuldner befreit, weil er für den Gegenstand der Obligation in seiner neuen juristischen Gestalt nicht aufzukommen hat und für denselben in seiner alten juristischen Gestalt, welche ihm durch die Novation abgestreift ist, nicht mehr aufzukommen vermag. Aber was den ersten Teil dieser Deduktion betrifft, so ist sie eine blosse Behauptung, die des Beweises bedarf: wenn dieser Teil der Novation Expromission ist, so setzt dies voraus, dass der Schuldner, der noviert, nicht für sich, sondern für den Mitschuldner novieren kann und will. Mit der Füreinanderhaftung ist, wie wir schon öfter erklärt haben, weder das eine noch das andere begründet. Und was den anderen Teil der Argumentation betrifft, so ist er nichts anderes als eine Umschreibung der Thesis: Wird durch die Novation der andere Schuldner überhaupt betroffen? Von einem „Nicht mehr leisten können" kann doch nur gesprochen werden entweder im Sinne thatsächlicher Unmöglichkeit, an die Waldner nicht denkt, oder im Sinne rechtlicher Unmöglichkeit. Diese letztere aber setzt eben voraus, dass durch die Novation des einen Korreus die Obligation des anderen untergegangen ist. Waldners Argumentation läuft daher darauf hinaus, dass der Korreus befreit wird, teils weil sein Mitschuldner ihn befreit, teils weil seine Obligation untergeht; sie bewegt sich mit anderen Worten in einem vollkommenen Zirkel.

§ 14.

VII. Kompensation.

Dass die durchgeführte Kompensation als Befriedigungsmittel den nicht kompensierenden Korrealschuldner ebensogut wie den Kompensanten, den kompensierenden Schuldner von dem einen wie dem anderen Korrealgläubiger befreit, ist, wenn auch keine direkten Quellenbelege zu Gebote stehen, doch allgemein anerkannt und nicht zu bezweifeln.[1]) Eine schwierige und sehr bestrittene Frage ist es dagegen, ob der eine Korrealschuldner dem Gläubiger eine dem anderen Korrealschuldner zustehende

---

[1]) Vgl. über die Wirkung der Kompensation l. 4 D. qui potiores 20, 4.

Gegenforderung entgegen halten, der Schuldner mit einer ihm gegen den einen Korrealgläubiger zustehenden Gegenforderung dem anderen Gläubiger aufrechnen kann.

Nach der herrschenden Lehre ist diese Frage zu verneinen, ausgenommen den Fall der passiven Korrealobligation, wenn die Schuldner socii sind.[2]) Diese Meinung entspricht auch den Quellen:

> l. 10 D. h. t. 45, 2: Papinianus libro XXXVII quaest: Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.

Mit Recht sucht man den Grund dieser Entscheidung darin, dass die Kompensation mit einer Forderung des Mitschuldners „aus fremdem Beutel zahlen hiesse“;[3]) ebenso mit Recht den Grund der Ausnahme darin, dass dann, wenn der nicht gegenforderungsberechtigte Korreus sich der seinem Mitschuldner zustehenden Gegenforderung nicht sollte bedienen dürfen, die Gegenforderung ihre Eigenschaft als Kompensationsforderung verlieren würde, weil sie der Regressforderung des Korreus nicht entgegengesetzt werden könnte.[4])

Allerdings hat Waldner[5]) gegen die herrschende Lehre eingewendet, dass durch diese Begründung die l. 10 nicht erklärt werden könne. Während wir, in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre, garnicht versuchen, die Natur der Korrealobligationen in diese Frage hineinzuziehen, kann nach Waldner die Frage nur „aus der Tiefe des korrealen Wesens“ beantwortet werden. Aus der Haftung der Korrealschuldner teils für sich selbst, teils für den Mitschuldner, gelangt Waldner zu dem Ergebnis, dass der Korrealschuldner nur insoweit zur Kompensation

---

[2]) Pothier, Pand. Just., de compens. N. 17. Donellus, comm. ad lib. VIII C. h. t. Kap. VIII; Faber, coniect. XI Kap. II; Cocceius, ius controv. XVIII, qu. VII; Glück IV, 523, XV, 100; Savigny, Obligationenrecht I S. 168 f.; Vangerow III § 573 Anm. 5 Z. I 1 S. 87 f.; Braun, Erörterungen S. 244 f.; Krug, Kompensation S. 160; Hartter, Kompensation S. 557; Dernburg, Kompensation S. 408; Eisele, Komp. S. 297 ff.; Demangeat S. 283 f.; Fitting S. 92; Kuntze, Oblig. und Singularsucc. S. 192 zu Ziff. 31; Baron S. 308; Mitteis, Indiv. S. 85 u. Grünhuts Zeitschrift XIV S. 468; Windscheid, Pand. II § 295 N. 2 u. § 350 N. 19 u. 20; Dernburg III § 73 N. 10; Brinz II § 253 zu N. 65 u. § 287 N. 31, 32 (unterscheidend); Landucci S. 202 f.; a. A. Unterholzner I S. 556 f.

[3]) Dernburg a. a. O.; Waldner S. 62.

[4]) Vgl. Baron S. 308; Brinz II S. 175.

[5]) S. 65 f.

berechtigt ist, als seine Haftung für den Mitschuldner reicht. Dies findet Waldner ausgesprochen in der l. 10 cit., welche von einem correus socius spricht, demnach „einem Schuldner, der nur zum Teil regressberechtigt ist“.

Aber gegen diese Argumentation glauben wir unsere Bedenken nicht unterdrücken zu sollen: Ist es richtig, dass die Füreinanderhaftung Grund und Grenze der Kompensationsbefugnis ist, warum dann die Beschränkung der Befugnis auf den Fall der Sozietät? Das ist die Klippe, über die Waldner nicht hinüberkommt. Freilich legt Waldner der l. 10 einen ganz anderen Sinn unter: der Gläubiger kann beweisen, dass der Kompensant nicht regressberechtigt ist und auf diese Weise die Kompensationseinrede mit replica doli zurückweisen. Aber inwiefern diese Ausführung Waldners besondere Meinung rechtfertigen könnte, will mir nicht einleuchten. Die Alternative ist: Kompensation auf Grund des Regresses, oder ohne diesen; beruht die Befugnis auf dem Regress, dann kann sie nicht auf der Füreinanderhaftung beruhen; beruht sie auf letzterer, wie kann dann der Regress überhaupt von Belang für unsere Frage sein? Angenommen, dass sich aus der Füreinanderhaftung die Befugnis zur Teilkompensation ableiten liesse: was soll dann noch das Regressmoment? Waldner sagt:[6]) die Korrei haben bis zum Beweis des Gegenteils dem Gläubiger als regressberechtigt zu gelten. Eine unbewiesene und unbehelfliche Behauptung! Also ist es doch nicht die „Tiefe des korrealen Wesens“, welche dem Korreus die Befugnis gibt; diese vermag vielmehr nur zu bewirken, dass der Gläubiger ungerechtfertigterweise „hineinfällt“, weil sie eine spanische Wand ist, welche die wirkliche Sachlage verdeckt; es ist auch bei Waldner der Regress, dessen Dasein dem Korreus die Möglichkeit gibt, die replica doli des Gläubigers von sich abzuwenden.

Wir geben zu, dass eine Gesetzgebung den Waldnerschen Korrealitätsbegriff legalisieren könnte; wir brauchen nur auf die *„ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι“* der Hellenen zu verweisen; aber leitet sich denn dann nicht aus dem Korrealitätsbegriff von selbst Regress und Kompensationsbefugnis ab? Führt ja doch auch Waldner die Kompensationsbefugnis des Bürgen „im tieferen Grunde“ nicht auf die Regressbefugnis, sondern darauf zurück, dass „die Mittel zur Tilgung einer Schuld, die materiell einen anderen an-

---

[6]) S. 67.

geht, dieser andere zu bieten hat".[7]) So wenig wir dieser Begründung jeden legislativen Wert absprechen möchten, so sehr müssen wir verneinen, dass sie den juristischen Grund der fraglichen Erscheinung bildet. Dieser besteht einfach darin, dass durch die Leistung, mag sie nun naturaliter oder compensando erfolgen, die sämtlichen Obligationen untergehen und dass dem Korreus, mit dessen Forderung kompensiert wird, ein Nachteil durch die Kompensation nicht erwächst, wenn zwischen ihnen überhaupt ein juristisches Innenverhältnis besteht, indem die solidarische Leistung nach dem Masse der actio pro socio ausgeglichen wird; dass dagegen, wenn dieser Regress nicht bestände, in der Kompensation eine Beraubung des anderen Korreus liegen würde, nachdem der Gläubiger gerade den nicht gegenforderungsberechtigten Korreus belangt und den anderen seiner Haftung entlässt. Überdies: wie verträgt sich diese Auffassung Waldners mit den Quellenzeugnissen? Nach der l. 10 ist der Regress nicht Mass, sondern Voraussetzung des Kompensationsrechtes. Dass der Korreus nur zum Teil, etwa gar zur Hälfte[8]) sollte kompensieren können, ist nicht richtig; denn es steht auch nicht fest, dass er nur zum Teil, etwa zur Hälfte, regredieren kann, vielmehr bestimmt sich das Mass der Regresshaftung nach dem nach aussen niemals hervortretenden, immer schwankenden Innenverhältnis, nach der actio pro socio, deren Betrag die Korrei unter Umständen selbst nicht wissen können. Wird ja doch das Mass des Regresses durch die Kompensation mit der Forderung des Mitschuldners selbst wieder verschoben: wie soll jenes dann den Massstab für die Zulässigkeit der Kompensation abgeben?

In der That ist auch der Umfang des Regresses unter den Korrei vollkommen belanglos. Ist der Gegenstand der actio pro socio für den einen Schuldner klein, so ist er, das gemeinsame Vermögen als konstante Grösse vorausgesetzt, für den anderen Sozius umso grösser, und er wird für den Korreus, mit dessen Forderung kompensiert wurde, umso grösser, je geringer die actio pro socio des kompensierenden Korreus war.

Die Voraussetzung für diese unbeschränkte Kompensationsbefugnis ist jedoch die Gegenseitigkeit der actio pro socio. Wo nur der Kompensant regressberechtigt ist, da wird man allerdings

---

[7]) Dabei muss ich bemerken, dass diese Ausführung (S. 63) mit der anderen auf S. 62 nicht in Einklang zu setzen ist, indem diese den Regress voraussetzt, während jene notwendig von dieser Voraussetzung absehen muss.

[8]) Waldner S. 67.

das Mass der zulässigen Kompensation bestimmen müssen nach dem Masse des vorhandenen Regresses.[9])

Ob in dieser Beziehung für die Solidarobligationen das nämliche zu gelten habe, ist bestritten.[10]) Man wird indessen mit der Beschränkung der Kompensation auf das Mass des Regresses, sofern derselbe kein gegenseitiger ist, auch dem Solidarschuldner die nämliche Befugnis zugestehen müssen, wie dem Korrealschuldner. Denn nicht auf einer Eigentümlichkeit der Korrealobligation beruht dieses Institut, sondern einerseits auf der Innenlage, welche mit der nur die äussere Seite des Verhältnisses bezeichnenden Korrealität nichts zu thun hat, anderseits aber auf der Eigenschaft aller Solidarobligationen, durch einmalige Leistung vollkommen getilgt zu werden. Im höchsten Masse wäre es unlogisch, nur dem Korrealschuldner ein Recht zu geben, dessen Voraussetzungen in gleicher Weise bei allen solidarischen Obligationen vorhanden sind.

Es kann daher meines Erachtens nicht darauf ankommen, dass die Kompensation mit fremden Forderungen ein Ausnahmesatz ist, dessen analoge Anwendung infolgedessen ausgeschlossen ist.[11]) Ist der Grund der Ausnahme nicht in der Korrealität zu suchen, so ist sie auch nicht auf die Korrealität zu beschränken. Die Quellen behandeln vielmehr hier wie anderswo die Frage nur bei der Korrealobligation, weil an dieser die Solidarität überhaupt allein dogmatisch behandelt wird.

Uns genügt es überdies, dass für die Solidarobligationen ein anderes in den Quellen nicht bezeugt ist; wir werden sehen, dass dieses Schweigen der Quellen mit ein Beweis dafür ist, dass Korrealität und Solidarität keine Gegensätze bilden.

---

[9]) Insoweit wird also Waldner und Windscheid, Pand. II § 350 zuzustimmen sein. Dagegen glaube ich nicht, mit Windscheid die l. 9 § 1 D. de comp. auf diesen Fall anwenden zu dürfen, weil sie voraussetzt, dass der Sohn ex re patris handelt. [M. E. ist die Stelle schon von „sed cum condicione“ an interpoliert. Vgl. Lenel, Paling. I Paulus No. 499]. — Über die Zulässigkeit der Kompensation in Fällen, wenn der Regress nicht mit der a° pro socio genommen wird, vgl. l. 5 C. de comp. 16, 2 gegen Mitteis Grünhuts Zeitschr. XIV S. 469.

[10]) Die herrschende Lehre scheint arg. e contrario das Gegenteil anzunehmen: vgl. Savigny, Obligationenrecht I S. 198 N. a; Unger S. 265 N. 128 vgl. mit S. 298 ff.; für die analoge Anwendung Mitteis, Indiv. S. 85 ff., zweifelnd Grünhuts Zeitschr. XIV S. 469; wohl auch Baron S. 308 vgl. mit S. 299, 300. Dagegen Waldner S. 60 ff. (s. Mitteis, Indiv. S. 86 oben); Dernburg, Pand. II § 75 N. 1.

[11]) Mitteis XIV S. 469.

§ 15.

VIII. Restitutio in integrum. Capitis deminutio. Confusio. Constitutum. Verjährung. Cession.

Die herrschende Lehre nimmt seit Savigny [1]) an, dass die in integrum restitutio nur dem Schuldner zu statten kommt, welcher restituiert wird. Wir finden einen Hinweis auf diese Annahme in l. 48 pr. D. de minor. 4, 4 von Paulus:

> Minor se in id, quod fideiussit vel mandavit, in integrum restituendo reum principalem non liberat,

und Ulpian spricht in l. 3 § 4 eod. unzweideutig aus, dass die Restitution des Hauptschuldners den adjektizischen Schuldner nicht befreit. [2]) Wenn nach dieser Stelle der Bürge sich „interdum“ auf die Restitution des Hauptschuldners berufen kann, so kann dies nur auf der accessorischen Natur seiner Verpflichtung beruhen; die Ausnahme (arg. „interdum“) ergibt sich daraus, dass sich der Bürge gerade für den Fall der Restitution verbürgen kann. [3]) In Bezug auf die Wiedereinsetzung wäre also ein Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität schon nach der herrschenden Lehre nicht anzunehmen.

Indessen hat Baron [4]) behauptet, dass die restitutio eine verschiedene Wirkung haben könne, je nachdem sie eine Verfügung über eine blosse Sonderobligation oder über die Gesamtobligation sei, und Windscheid hat sich dieser Meinung angeschlossen. Wir müssen gestehen, dass uns die herrschende Lehre allein begründet zu sein scheint.

Denn zunächst kann die in integrum restitutio wohl überhaupt nicht als „Verfügung“ über eine zu Recht bestehende Obligation aufgefasst werden; sie bezog sich überhaupt nicht auf die Obligation, sondern den ihr zu Grunde liegenden Thatbestand, der seiner civilen Rechtsfolgen entkleidet wurde, wie schon die Worte des Edikts: „quod metus causa gestum erit, ratum non

---

[1]) Obligationenrecht I S. 195.

[2]) Vgl. über die l. 3 § 4 Savigny, System VII S. 277 ff. u. Vangerow I S. 313 ff.

[3]) Vangerow I S. 314.

[4]) S. 332 f.

habebo" und „quod cum minore gestum erit, uti quaeque res erit, animadvertam", nahelegen.[5])

Ausserdem entspricht es dem Zweck und Wesen der in integrum restitutio, dass sie nur dem von Vorteil ist, in dessen Person ein Restitutionsgrund vorliegt. Es ist nicht im mindesten einzusehen, warum die Restitution eines Minderjährigen gegen die Eingehung einer Korrealobligation seinem grossjährigen Korreus zu statten kommen sollte. Das Edikt erkennt eben ein Interesse nur bei der Person an, bei der die ediktsmässigen Voraussetzungen zutreffen, und nur die buchstäblich genommene Obligationeneinheit wäre im stande, eine Wirkung der Restitution auf die Person des Mitschuldners zu begründen.[6])

Endlich fehlt es an jedem Beweis dafür, dass die in integrum restitutio eine verschieden starke Wirkung haben konnte. Die citierten Stellen versagen die Wirkung auf den Mitschuldner schlechtweg, ohne Vorbehalt; wenn Baron die Beweiskraft der l. 48 pr. cit. dadurch entkräften will, dass sie von der Restitution eines Solidarschuldners handle, so macht er damit seine Position um nichts besser; denn es bedürfte immer noch des positiven Nachweises, dass bei den Korrealobligationen das Gegenteil von den Römern angenommen worden sei. Das argumentum e contrario, dass etwas deshalb, weil es bei den Solidarobligationen nicht gilt, bei den Korrealobligationen gelten müsse, ist schlechthin unzulässig.[7]) —

Dass die capitis deminutio nur die Obligation des deminutus untergehen lässt, sagt Pomponius (libro XXXVII ad Qu. Mucium) in l. 19 D. h. t. 45, 2:

> Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemptus est obligatione, alter non liberatur. multum enim interest, utrum res ipsa solvatur an persona liberetur. cum persona liberatur manente obligatione, alter durat obligatus: et ideo si aqua et igni interdictum est, alicuius fideiussor postea ab eo datus tenetur.

Die Stelle hat im Streit um die Einheitstheorie eine Rolle gespielt; für uns bietet sie kein besonderes Interesse, da sie den genannten Satz unzweideutig enthält.[8]) —

---

[5]) Vgl. Lenel, edictum S. 90 f.

[6]) Vgl. l. 3 § 4 de minor. cit.: praetor enim minoribus auxilium promisit, non maioribus.

[7]) Wie Baron auch Windscheid II § 295 N. 8 a. E.

[8]) Dagegen hat die Stelle in ihrem Schlusssatz Schwierigkeiten bereitet.

Wie dieser Satz, so ist auch der andere allgemein anerkannt, dass die Konfusion die Obligationen der Schuldner, welche von ihr nicht betroffen werden, unberührt lässt.[9]) Schwierigkeiten hat dieser Satz nur der Einheitstheorie bereitet; wir haben auf diesen Punkt umsoweniger einzugehen, als in Bezug auf die Konfusion ein Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität niemals behauptet wurde.[10])

Vgl. Keller, Litiskont. S. 448 N. 22; l. 47 pr. D. de fideiuss. 46, 1; l. 14 § 1 D. de nov. 46, 2, insofern nämlich Pomponius im Gegensatz zu den genannten Stellen anscheinend den fideiussor für eine ipso iure untergegangene Obligation verpflichtet werden lässt. Indessen ist dies nach den überzeugenden Ausführungen Landuccis p. 219 ff. § 46 nicht der Fall. Man muss nur die Worte „si aqua et igni interdictum est alicui" in Paranthese setzen. Dann sagt das Fragment nichts weiter, als: Wenn von zwei Korrealschuldnern der eine eine capitis deminutio (maxima oder media) erleidet, so wird der andere nicht befreit; denn es ist zu unterscheiden, ob die Obligation getilgt wird oder nur eine Person aus ihr ausscheidet; und daher ist auch der Bürge, welcher von diesem anderen bestellt wird, giltig bestellt. — Die Konjektur alicui wird keiner besonderen Rechtfertigung bedürfen. Anders Lenel, Paling. II Pomponius No. 317, welcher nach alicuius „fideiussori" einschaltet. — Übrigens ist die Stelle ein Beweis dafür, dass sich bei der Dogmatik der Korrealobligationen alles um die solutio drehte: Utrum res ipsa solvatur an persona liberatur. Das charakteristische Merkmal der Korrealität ist für die Römer die Solidarität, was wir noch öfters bemerken werden. — Landucci stimmt zu: Schneider krit. Vierteljahrsschr. 26 S. 462.

[9]) l. 71 pr. D. de fideiuss. 46, 1.

[10]) Fitting, Korrealobl. S. 103 ff. hat die l. 71 cit. gegen die Einheitstheorie verwertet; dagegen Windscheid krit. Vierteljahrsschr. III S. 176; Samhaber S. 118; Kretschmar, Secum pensare S. 49 ff. Über das Verhältnis der Konfusion zur Zahlung: Fitting § 18 S. 107 ff.; Windscheid a. a. O. und Pandekten II § 295 N. 9; Waldner S. 71, 72. Die beschränkte Wirkung der confusio auf die Korrealobligation hat ihren Grund darin, dass sie nur deshalb eine Obligation untergehen lässt, weil sie eine persönliche Beziehung vernichtet, welche notwendige Voraussetzung der Obligation ist. S. Windscheid a. a. O. und Waldner S. 70 f. Infolgedessen wirkt die confusio nicht weiter, als ihr Thatbestand reicht. Wenn sie trotzdem in den Quellen mit der solutio verglichen wird, so ist dies nur berechtigt für die Subjekte, in deren Person die confusio eintritt. — Während diese Auffassung von der Vorstellung ausgeht, dass bei der confusio die beiden notwendigen Subjekte einer Obligation in einer Person zusammenfliessen, sucht Baron S. 335 ff. die zerstörende Wirkung der confusio darauf zurückzuführen, dass die Forderung auf den Schuldner oder die Schuld auf den Gläubiger gar nicht übergehen könne. Entscheidend spricht gegen Baron, wie Windscheid II § 352 N. 5 bemerkt, die l. 7 § 1 D. de stip. serv. 45, 3. Vgl. auch Dernburg, Pand. II § 67 N. 4. Uns scheint auch der Weg, auf dem Baron zu seinem Ergebnis gelangt, verfehlt zu sein. Baron geht davon aus, dass durch Untergang des Subjekts oder Objekts eines Rechtes das Recht selbst untergeht. Aber die von Baron dafür angeführten Stellen sagen

Das Gleiche gilt von der Wirkung des constitutum debiti proprii eines Korreal- oder Solidarschuldners.[11])

Ebenso allgemein ist anerkannt, dass die Verjährung der Klage gegen den einen Korrealschuldner dem anderen nicht die longi temporis praescriptio gibt, und dass im vorjustinianischen Recht die Unterbrechung der Verjährung nur gegen den Schuldner wirkte, gegen welchen sie erfolgte. Insofern bestand im klassischen Recht eine Verschiedenheit zwischen Korreal- und Solidarobligationen nicht.

Durch die l. 4 C. h. t. hat Justinian die Neuerung eingeführt, dass die Unterbrechung der Verjährung von seiten des einen Korrealgläubigers oder gegen einen Korrealschuldner Gesamtwirkung äussert. Man hat geglaubt, aus dieser Stelle einen schlagenden Beweis für die Einheit der Korrealobligationen entnehmen zu können, und angenommen, dass mit dieser Konstitution die Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen in einem weiteren Punkte gefestigt sei.[12])

Allein was die erste Frage betrifft, so hätte m. E. daraus, dass erst Justinian diese Neuerung getroffen hat, ein Argument gegen die Einheit der Obligation entnommen werden müssen;[13]) bezüglich der zweiten Frage ist zwar zuzugeben, dass die Verordnung Justinians nur von duo rei stipulandi und promittendi spricht, sowie dass die Schlussfolgerung, die aus dieser Ausnahmebestimmung dahin gezogen wird, dass sie nicht extensiv oder analog behandelt werden dürfe, anscheinend berechtigt ist. Indessen wird wohl niemand Bedenken tragen, die Vorschrift über die Stipulationskorrealität hinaus auf alle Fälle der Vertragskorrealität anzuwenden; wir selbst möchten darüber hinausgehen und sie auf alle Fälle der Solidarität für anwendbar halten.

Einen Quellenbelag für diese Behauptung vermögen wir freilich nicht beizubringen; indessen scheint es uns auch hier

---

das nicht; sie enthalten vielmehr nur den Satz, dass Vermögensunfähige keine hereditas etc. haben können. Im Näheren kann auf die Frage hier nicht eingegangen werden. Gegen Baron spricht aber auch der Ausdruck „confusio", welcher den Zusammenfluss von Forderung und Schuld deutlich genug bezeichnet.

[11]) Vgl. Windscheid II § 296.

[12]) S. Windscheid II § 295 N. 11. — Brinz, krit. Bl. IV S. 31 sieht in der Gesamtwirkung der Unterbrechung einen Beleg für seine Theorie, dass Handlungen in rem, Ereignisse in personam wirken.

[13]) So auch Fitting S. 78.

zu genügen, dem Gegner den Beweis zu überlassen. Der Argumentation aus der Obligationeneinheit vermögen wir kein Gewicht beizulegen; in dem beschränkten Sinne, in welchem man von Einheit der Korrealobligation überhaupt reden kann, ist die Einheit auch bei den übrigen Solidarobligationen vorhanden: Einheit des Zweckes, Einheit der Leistung, und deshalb scheint uns die Begründung, die Justinian seiner Verordnung gibt,

> „cum ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus vel debiti causa ex eadem actione apparuit“,

auf alle Solidarobligationen zu passen, auch wenn man in den Worten der Stelle nicht ohnehin eine bewusste Verallgemeinerung der ergehenden Vorschrift erkennen will.[14])

Indessen dürfte diese Frage überhaupt nur untergeordnete Bedeutung haben. In der Blütezeit des römischen Rechts bestand hinsichtlich der Verjährung überhaupt kein Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen; das Recht dieser Zeit aber scheint uns bei der Prüfung des Wesens eines Rechtsinstitutes massgebender zu sein als das Recht einer Epoche. welche an juristischem Verständnis und gesetzgeberischer Umsicht weit unter der Zeit der klassischen Juristen stand.[15])

---

[14]) Wenn auch die hier wiedergegebenen Worte der l. 4 cit. auf die Einheit der causa und die Identität der Klage hinzuweisen scheinen, so kommt anderseits in Betracht, dass vorher Justinian ganz allgemein von „unus creditor“ und „plures debitores“ spricht, was auf die sämtlichen Fälle der Solidarität zu beziehen sein wird. Wenn es richtig ist, dass die l. 3 C. de annua praescr. 7, 40 (gleichfalls von Justinian) sich auf konkurrierende Klagen bezieht (Dernburg. Pand. I § 148 N. 7), und dass die l. 4 C. h. t. cit. auf die l. 3 cit. verweist (Krüger ad l. 4 cit.), so würde die l. 3 cit. sogar für unsere Ansicht verwertet werden können. Denn dann bezieht sich die l. 3 zweifellos nicht auf den Fall der elektiven Klagenkonkurrenz allein, welche Einheit der causa voraussetzt (Eisele Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 79 S. 360 ff.), sondern auch auf die Solutionskonkurrenz arg. verb.: „Si ex multis causis quendam obnoxium habens“ etc. (Alsdann würde man auch in dem „videri ius suum omne eum in iudicium deduxisse“ des § ult. h. l. ein Argument gegen Eiseles Erfordernis der Einheit der causa bei der Klagenkonsumtion erblicken können.)

[15]) Dass Justinians Vorschrift in der That eine „völlig ungerechtfertigte Singularität“ (Waldner S. 56), „eine übertriebene und ungerechtfertigte Begünstigung des Gläubigers, eine Unbilligkeit gegenüber den übrigen Korrealschuldnern enthält“ (Unger Jherings Jahrb. XXII S. 270), lässt insbesondere der Fall ersehen, wenn die Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung erfolgt, insbesondere wenn die Anerkennung in Form der Teilzahlung geschah. Diese Handlungen, die ihrem Inhalt nach eine Erleichterung der Haftung des Mitschuldners, oder wenigstens keine Verschlechterung seiner Lage enthalten, schlagen durch Justinian in das gerade Gegenteil um. Eine vollkommen

Die andere Frage aber, ob diese Vorschrift auch in dem negativen Sinne zu deuten sei, dass die vollendete Verjährung allen Schuldnern zu Gute komme,[16]) scheint mir mit der Mehrzahl der Schriftsteller nur verneint werden zu können. Die Erwägungen, welche uns oben die Verallgemeinerung der justinianischen Konstitution auf alle Arten von Solidarobligationen zu rechtfertigen scheinen, treffen hier nicht zu; ist es wirklich ein falsch geleitetes Billigkeitsgefühl, welches die Vorschrift veranlasst hat,[17]) athmet sie nur Begünstigung des Gläubigers, Benachteiligung der Schuldner, so muss eine den Schuldnern günstige analoge Anwendung derselben ausgeschlossen sein.[18]) —

Wir haben endlich noch die Frage zu behandeln, wie die Cession der Forderung gegen den einen Korrealschuldner auf den anderen Korreus wirkt. Diese Frage, bisher nur wenig und im Vorübergehen behandelt,[19]) hat in neuerer Zeit eine gründliche Bearbeitung erfahren,[20]) welche uns nötigt, uns mit diesem Gegenstand eingehender, als bisher geschehen, zu beschäftigen.

Die für uns in Betracht kommenden Stellen sind:

> l. 82 § 5 D. de leg. I° Julianus libro XXX digestorum:
> Qui Gaium et Lucium eiusdem pecuniae reos habebat si ita legaverit: „Quod mihi Gaius debet, id heres meus Sempronio damnas esto dare: quod mihi Lucius debet, id heres meus Maevio damnas esto dare“, eam condicionem heredis sui constituit, ut is necesse habeat, alteri actiones suas, alteri litis aestimationem praestare.

---

ausserhalb des Obligationsverhältnisses stehende Person — denn woher steht denn fest, dass Titius der Korrealmitschuldner des Sempronius ist — soll es in der Hand haben, durch eine sie selbst verpflichtende Erklärung dem Schuldner die Einrede der Verjährung abzuschneiden! Selbst wenn der Anerkennende wirklich Korrealschuldner ist, wird dieser Erfolg ungerechtfertigt sein; denn er nötigt den Beklagten, statt eine materielle Einlassung abzulehnen, auf die Sache selbst einzugehen, was mit dem Grundgedanken der Verjährung im schneidenden Widerspruch steht.

[16]) Vgl. Kuntze, Obligation und Singularsuccession S. 193; Fitting a. a. O. u. dagegen Windscheid § 295 N. 11.

[17]) „pietate suggerente“ l. 4 C. cit. Waldner S. 58.

[18]) Vgl. auch Samhaber S. 101; Vangerow III S. 69; Arndts civ. Schriften III S. 532; Fritz Lindes Zeitschrift XIX S. 90 f.; Landucci S. 143 f.; Baron S. 290 f.

[19]) Fritz Lindes Zeitschr. N. F. XIX S. 64 ff.; Baron S. 319; Fitting S. 183; Schmid, Grundlehren der Zession II S. 367; Attenhofer Zeitschrift f. schweizerisches Recht N. F. IV S. 221.

[20]) Schott, über Cession von Korrealobligationen. Diss. Breslau 1897.

l. 13 pr. D. de leg. II⁰: Pomponius libro VII ex Plautio: Qui duos reos eiusdem pecuniae habet, Titium atque Maevium, ita legavit: „quod mihi Titius debet, Maevio heres meus dato, quod Maevius debet, Seio dato". his verbis onerat heredem: nam cum actiones suas heres Maevio praestiterit adversus Titium, videtur Maevius facto eius liberatus esse et idcirco Seio heres tenebitur.

In Bezug auf diese beiden Stellen hat Schott die Behauptung aufgestellt, dass die Korrealobligation „subjektiv unteilbar" sei, d. h. die Cession nur eines Korrealschuldners nicht in der Weise möglich sei, dass der andere Korrealschuldner dem Cedenten verpflichtet bleibe. M. E. ergibt sich dieser Satz aus keiner der beiden Stellen.

Wenn der Gläubiger zweier Korrealschuldner seinem Erben auferlegt, dem einen Korrealschuldner dem einem, den anderen dem anderen Legatar zu cedieren, so ist nach der l. 82 § 5 cit. der Erbe verpflichtet, dem einen Vermächtnisnehmer nach den Grundsätzen des Damnationslegats die Klagen zu cedieren, dem anderen dagegen die Litisaestimation der Sache zu bezahlen. Diese Entscheidung beruht auf der Voraussetzung, dass der Testator zweifellos jedem Vermächtnisnehmer etwas vermacht hat, und demnach auch wohl jedem etwas zuwenden wollte.[21] Dieser Erfolg würde nicht erreicht werden, wenn dem einen Legatar die Klage gegen den einen Korreus, dem anderen die Klage gegen den anderen cediert würde. Die Legatare würden durch diese Leistung zwar keine Korrealgläubiger werden,[22] aber ihre Stellung wäre ähnlich: es müsste nur der eine Korrealschuldner an seinen Legatargläubiger leisten, damit sein Mitschuldner befreit würde und dessen Gläubiger das Nachsehen hätte.

Nach der l. 13 cit. hat der Erblasser zwei Korrealschuldner T. und M. Er vermacht, was T. schuldet, dem M. (seinem anderen Korrealschuldner), was M. schuldet, dem S. (einem dritten). Wenn nun der Erbe dem M. die Klagen wider den T. cediert, so geht die Schuld des M. unter und deshalb kann eine Klage gegen M. nicht mehr an S. cediert werden. Et idcirco heres Seio tenebitur.

---

[21]) Fitting S. 185; Fritz S. 65; Windscheid krit. Vierteljahrsschr. III S. 107; Brinz, Pand. III § 415 N. 68.

[22]) Weil ein Schuldner immer nur an einen Gläubiger zahlen kann, vgl. Fritz S. 64.

M. E. haben die beiden Stellen gerade die Möglichkeit einer Teilcession zur Voraussetzung. Wenn die l. 82 § 5 dies ungewiss lässt, weil sie ganz allgemein sagt: „alteri actiones suas praestare", und damit vielleicht die Klagen gegen die beiden Korrealschuldner gemeint sein könnten,[23]) so spricht die l. 13 cit. deutlich genug davon, dass der Erbe seine Klagen „adversus Titium praestitit", und lässt damit unzweifelhaft erkennen, dass diese Cession der nur „subjektiven Beziehung" gültig ist.

Freilich nimmt Schott an,[24]) dass eine solche Cession „unzulässig ist", wenn der Cedent sein Forderungsrecht gegen den nicht cedierten Schuldner verliert und der letztere gänzlich befreit wird. Allein was heisst das: „unzulässige Cession?"

Es fragt sich: welche Wirkung kann die Cession hervorbringen, wenn die beabsichtigte Wirkung vom Gesetz nicht zugelassen wird? Die Antwort ist mit der Frage schon gegeben: der beabsichtigte Erfolg kann nicht eintreten, weil er nicht zulässig ist; ein nicht beabsichtigter Erfolg kann nicht eintreten, weil er nicht gewollt ist: ist die Cession eines Korrealschuldners unzulässig, so kann sie nur nichtig sein.

Damit wäre der Ausgangspunkt Schotts erledigt. Seine Fragestellung ist falsch; er geht von einer unmöglichen Voraussetzung aus und kann infolgedessen nicht zum richtigen Ziel gelangen.[25])

Eine ganz andere Frage ist es, welche Wirkung die fragliche Cession äussern kann. Nach der l. 13 cit. geht infolge der Cession die Obligation des Korreus-Cessionars unter; auch die l. 82 § 5 legt die Annahme nahe, dass durch die Cession der Klage gegen den einen Korreus der andere befreit wird.[26])

Das Problem ist demnach: Wie erklärt sich diese Wirkung der Cession. Denn wenn m. E. die Annahme von der Hand zu weisen ist, dass mit der Cession des einen Korreus auch der andere cediert sei, so scheint uns die andere nicht minder ver-

---

[23]) Was indessen nicht anzunehmen ist, da das Legat nur auf das gestellt ist, „quod mihi Gaius debet", und infolgedessen der Erbe nach den Grundsätzen des Legatum nominis nur verpflichtet war, die Klage gegen den genannten Schuldner zu cedieren. § 21 J. de legatis 2, 20.

[24]) S. 23.

[25]) Gerade so verfehlt wäre die Frage: ist die Acceptilation mit nur einem Korrealschuldner zulässig? Niemand wird daraus, dass durch dieselbe auch der andere Schuldner befreit wird, folgern wollen, dass sie „unzulässig" wäre; sie muss vielmehr, um diese weitere Wirkung zu haben, zunächst innerhalb des rechtsgeschichtlichen Rahmens wirksam und mithin „zulässig" sein.

[26]) Schott S. 34.

werflich, dass im Falle der l. 13 Maevius „durch eine Art von Konfusion“ befreit werde.[27]) Denn eine Konfusion kann nur dann vorliegen, wenn sich Gläubiger und Schuldner in einer Person vereinigen, während hier der eine Schuldner zum Gläubiger des anderen gemacht wird. Konfusion läge vor, wenn der Erbe dem Maevius die Klage gegen den Maevius selbst cedieren würde; es erfolgt aber die Cession der Klagen gegen den Titius an den Maevius. Unter diesen Umständen ist die Annahme einer „Art von Konfusion“ absolut unbehelflich; denn es fragt sich eben, warum auf diesem Wege die Befreiung des Maevius eintritt.

Schott sieht den Grund dieser Wirkung in der „subjektiven Untrennbarkeit und der dieser zu Grunde liegenden Einheit der Korrealobligation“;[28]) uns scheint diese Annahme absolut unhaltbar. Wir haben die Cession der Klagen gegen den einen Korreus an den anderen auch sonst bei den Korrealobligationen, wo sie nämlich den Regress unter den Korrei vermitteln soll. Wenn hier die älteren Juristen annehmen, die Cession müsse vor oder gleichzeitig mit der Zahlung erfolgen, weil sonst die Forderung gegen den Cessus untergegangen sei, so lassen sie damit ersehen, dass sie im allgemeinen weder die Vorstellung hatten, dass durch die Cession „eine Art von Konfusion“ bewirkt werde, noch auch die andere, dass die Cession des einen Korreus an den anderen die Befreiung des letzteren unmittelbar bewirke. Vielmehr geht die Forderung gegen den einen auf den anderen Korreus über, und dieser wird nicht durch die Cession, sondern durch die Zahlung seiner Schulden an den Cedenten befreit.[29])

Mit dieser Thatsache ist schlechterdings die Annahme, dass

---

[27]) Fritz a. a. O. S. 64 N. 129.

[28]) S. 35.

[29]) Für duo rei promittendi vermag ich freilich keine Belege dieser Behauptung beizubringen. Dies begreift sich, wenn man erwägt, dass duo rei promittendi an sich nicht regressberechtigt sind. Da der Regress immer nur auf einem besonderen Rechtstitel (actio pro socio, negotiorum gestorum u. s. w.) beruht, konnte die Frage bei den duo rei promittendi von den römischen Juristen gar nicht behandelt werden, weil hier der Regress immer unabhängig war von einer Cession. Anders war dies bei der fideiussio und den Tutoren. Beide Fälle gehören zu den Korrealobligationen: s. oben Kap. II und unten Kap. IV. Hier ist die Regressklage kraft Rechtens gewährt; eine actio utilis, welche keine besondere Voraussetzung hat. Sie wird nur durch eine Cession vermittelt, und diese zeigt eben, wie unrichtig die hier bekämpfte Auffassung ist.

die Cession des einen Korrealschuldners den anderen befreit, unvereinbar. Daher scheinen uns die beiden Stellen eine Besonderheit zu behandeln, die ihren Grund nicht im Wesen der Korrealität, sondern im Vermächtnisrecht hat. Wenn nämlich auch an sich der Erbe nicht für die Einbringlichkeit der cedierten Forderung haftet, weil er nämlich nur zur Cession verpflichtet ist und daher nur wie ein Cendent zu haften hat,[30]) so fragt es sich doch beim Vermächtnis einer Korrealforderung, ob der Erbe nach dem Willen des Erblassers handelt, wenn er nur eine Klage cediert und die andere Klage für sich behält. Gehen wir von der Annahme aus, dass eine solche Cession möglich ist, so haben wir zwei Gläubiger, den Erben und den Legatar, und der Erbe braucht nur mit seinem Schuldner litem zu kontestieren, um dem Legatar das Forderungsrecht zu entziehen. Diese Erwägung kann zwar nicht dazu geführt haben, das legatum nominis so zu interpretieren, dass der Erbe beide Klagen cedieren müsste; denn in unseren beiden Stellen ist nur von der Cession der Klage gegen den einen Schuldner die Rede. Aber in dem genannten Fall und in den von unseren Stellen behandelten Beispielen musste ein Mittel gefunden werden, um zu verhindern, dass der Erbe dem Legatar, der eine Vermächtnisnehmer dem anderen die Forderung entziehe. Die Sache liegt genau so, wie beim Vermächtnis einer alternativen Forderung an mehrere Personen: der Erbe muss dem einen die Forderung cedieren, dem anderen den Wert ersetzen, weil die Meinung des Testators war, dass jeder etwas erhalten solle.[31]) Diese Regelung der Frage bei alternativen und bei Korrealforderungen hat M. E. mit der Haftung für die Einbringlichkeit gar nichts gemein. Ob eine Forderung einbringlich ist, ist eine nur thatsächliche Frage, die auch in unserem Falle aufgeworfen werden kann; sie hängt von der Zahlungsfähigkeit des correus cessus ab. Für diese braucht der Cedent nicht einzustehen. Dagegen haftet er dafür, dass der Cessionar Gläubiger bleibt, dass die Forderung ihm nicht evinziert wird. Aus diesem Gesichtspunkt ist der Verkäufer einer Korrealobligation jedenfalls verpflichtet, die Klagen gegen sämtliche Korrei zu cedieren, oder, wenn sich der Kauf nur auf eine Klage bezog, die anderen nicht weiter zu cedieren oder selbst

---

[30]) l. 44 § 6; l. 75 §§ 2 u. 3; l. 105 D. de leg. I°; l. 50; l. 88 § 8 D. de leg. II°; l. 34 pr. D. de leg. III°.

[31]) Vgl. auch den § 1 der l. 13 de leg. II° cit.

geltend zu machen.[32]) Ganz ebenso liegt die Sache im vorliegenden Fall. Es soll nur die Klage gegen den Gaius cediert werden; diese soll aber dem Cessionar nicht wieder entzogen werden; daher verbietet es sich von selbst, dem anderen Legatar die Klage gegen den Lucius zu cedieren, oder, wie im Fall der l. 13 pr., die Klage gegen den Maevius.

Damit ist freilich noch nicht erklärt, warum der ander Korrealschuldner befreit wird. Diese Frage löst sich indessen sehr einfach, wenn wir den Vorgang betrachten, durch welchen der Übergang einer Forderung auf einen neuen Gläubiger vermittelt wurde. Die Cession selbst als blosses mandatum bewirkte keinen Übergang des Forderungsrechts, begründete überhaupt kein eigenes Recht des Cessionars; es bedurfte, wie auch Schott anerkennt,[33]) der Litiskontestation zwischen dem als cognitor oder procurator des Cedenten auftretenden Cessionar und dem debitor cessus, um dem Cedenten das Forderungsrecht zu entziehen und, wenn auch mit konsumierter actio, auf den Cessionar zu übertragen.

Hieraus erklärt sich die Befreiung des correus non cessus in den beiden Fragmenten. Schott behauptet zwar, die befreiende Wirkung der Litiskontestation dürfe mit der Thatsache, dass die Forderung erst durch die Litiskontestation auf den Cessionar überging, nicht fälschlicherweise derart verknüpft werden, dass man in den beiden Fragmenten nur eine Bestätigung der Wirkung der Litiskontestation auf die Korrealobligationen sehe.[34]) Indessen gelingt es Schott nicht, seine Warnung irgendwie zu begründen. Gewiss ist im römischen Recht von „Übertragung" in unserem Sinne keine Rede; die Litiskontestation bewirkt vielmehr Untergang und Neubegründung und an ihr ist zudem der Cedent gar nicht beteiligt. Aber deshalb ist es doch unrichtig, zu sagen: „Was der Cedent an Rechten auf den Cessionar „übertrug", das geschah vor der Litiskontestation. Für den Standpunkt des klassischen römischen Rechts „übertrug" eben der Cedent überhaupt nichts; die Litiskontestation war dazu erforderlich, dass der Cessionar überhaupt berechtigt wurde, und die Bestellung des Cessionars zum Kognitor oder Prokurator hatte nur die

[32]) Damit erledigt sich, was Schott S. 31 gegen die Argumentation aus dem Willen des Testators einwendet.

[33]) § 6 S. 37 ff.

[34]) S. 41.

prozessuale Bedeutung, dass es einer cautio ratam rem haberi nicht bedurfte, und dass die Wirkung der Litiskontestation auf den früheren dominus keine bedingte war. Richtig ist nur, dass der Erbe nur zur Erteilung des mandatum ad agendum verpflichtet war; aber nichts nötigt uns anzunehmen, dass schon diese Mandatserteilung die Wirkung hatte, dass der andere Korreus befreit wurde. Es scheint mir im Gegenteil die Wendung: „videtur Maevius facto eius liberatus esse" darauf hinzuweisen, dass das „factum heredis", nämlich das mandatum actionis, die Wirkung der Befreiung des correus non cessus nicht von vornherein hatte, sondern dass die Mandatserteilung nur insofern der Befreiung durch die Litiskontestation gleichkam, als der Erbe dem Cessionar verpflichtet war, sich seinerseits einer weiteren Verfügung auch über die Obligation des correus non cessus zu enthalten. Deshalb darf er die Klage gegen den Maevius nicht dem Seius cedieren und haftet daher dem letzteren für das Interesse.

Deshalb, weil die Litiskontestation, deren Vornahme ja in der Regel im Belieben des Cessionars stand, ihm seine Forderung unfehlbar sicherte, bedurfte es keines weiteren Mittels, um im Fall der l. 13 pr. cit. den vom Erblasser gewünschten Erfolg zu erreichen. Es konnte der gewünschte Erfolg auch auf gar keinem anderen Wege erreicht werden. Die Befreiung des Maevius durch Acceptilation verstiess gegen den Wortlaut der Verfügung, da kein legatum liberationis, sondern nominis vorlag. Nachdem die juristische Interpretation einmal dahin gelangt war, dass in solchem Falle der Erbe nur zu cedieren brauchte, ist auch nicht anzunehmen, dass er den Maevius durch Abschluss eines pactum de non petendo mit demselben sicherstellen musste, dass ihm nicht seine Forderung von seiten des Cedenten oder eines Dritten mittelbar, durch Belangung seiner selbst, entzogen werde. Eine Cession beider Forderungen an den Maevius selbst war endlich unmöglich. Man muss sich nur vergegenwärtigen, dass die Cession durch Litiskontestation erfolgte, um dies zu verstehen: Ein mandatum actionis gegen den Cessionar selbst war unmöglich. Deshalb behandeln auch die Quellen den Fall einer Konfusion infolge einer Cession nicht, während sie einige andere Fälle besprechen, welche die Konfusion infolge anderer Arten von Singularsuccession betreffen.[35]) Geht man davon aus, so erledigt sich ein Bedenken Schotts aus den Worten

[35]) Vgl. l. 7 § 1 D. de stip. serv. 45, 3; § 6 J. de nox. act. 4, 8; l. 37

„actiones suas praestiterit adversus Titium". Die Klagen gegen den Maevius können dem Maevius nicht cediert werden; sie müssen es auch nicht, weil er nur erhalten soll, was „Titius debet"; sie brauchen es nicht, weil der Erbe dolos handeln würde, wollte er selbst über die Obligation des Maevius verfügen. So ist das „videtur liberatus esse" nicht von dem rechtlichen, sondern von dem thatsächlichen Erfolg zu verstehen; hätte es einen Satz gegeben: die Klage gegen den einen Korreus darf nicht cediert werden, oder altero cesso alter liberatur, so würde sich Pomponius weniger vorsichtig ausgedrückt haben.

Infolgedessen können wir aus den beiden Stellen nichts entnehmen, was gegen die Zulässigkeit der Cession nur einer Korrealforderung spräche; wir haben deshalb auch keine Veranlassung, auf die Begründung der von Schott angenommenen Unzulässigkeit einzugehen. Die fraglichen Stellen enthalten keine korrealrechtliche Besonderheit, sondern eine erbrechtliche Eigentümlichkeit, die nur darin begründet ist, dass eine solidarische Obligation in Frage steht.[36]) M. E. kann auch diese Besonderheit unmöglich mit der Einheit der Korrealobligation, wie Schott will, erklärt werden: aus der Einheit könnte sich höchstens die Alternative ergeben, dass entweder die Einzelcession nichtig wäre oder die Cession des einen Schuldners notwendig die Cession des anderen zur Folge hätte, nicht aber die Befreiung des letzteren. Es erübrigt uns deshalb auch, darauf einzugehen, wie Schott die Elektionstheorie Fittings zur Erklärung der von ihm behaupteten Wirkung zu verwerten sucht:[37]) selbst wenn die Befreiung, wie Schott annimmt, schon vor der Litiskontestation eintreten würde, so würde sie doch nur die Antizipation der Litiskontestationswirkung bedeuten, die von den Juristen aus praktischen Erwägungen angenommen wäre.

D. eod. 9, 4; l. 18; l. 64 (65) D. de furt. 47, 2; l. 38 § 1 D. de leg. I°; Windscheid, Pand. II § 352 N. 2.

[36]) Weit beachtenswerter scheint mir die l. 13 pr. cit. aus folgendem anderen Gesichtspunkt: Beiden Legataren ist ein bestimmter Wert vermacht, der augenscheinlich gleich sein soll. Diesen Wert erhält Seius; Maevius aber erhält den doppelten Wert, nämlich 1) die Klage gegen den Titius, u. 2) die Befreiung von der eigenen Haftung. Auf diesen Punkt ist bisher m. W. noch nicht hingewiesen worden; m. E. ist er ein Beleg dafür, dass die römischen Juristen Reflexwirkungen von Geschäftswirkungen wohl zu scheiden wussten, da sonst die Ansicht des Pomponius kaum unbeanstandet geblieben wäre.

[37]) S. 43 f.

Wir gelangen mithin zu dem Ergebnis: Es kann die Klage gegen einen Korrealschuldner cediert werden. Nachdem die konsumierende Gesamtwirkung der Litiskontestation im justinianischen Recht weggefallen ist, hat diese Cession keine materielle Wirkung mehr; doch darf der Cedent über die andere Korrealforderung nicht weiter verfügen.

Eine Verschiedenheit zwischen Korreal- und Solidarobligationen besteht in dieser Beziehung nicht.

§ 16.

IX. Rechtskraft.

Die Frage, welche Wirkung das im Prozess gegen einen Korrealschuldner ergangene, rechtskräftige Urteil auf die Obligation der übrigen Korrealschuldner äussert, ist ausserordentlich bestritten. Seit Keller[1]) behauptet die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller, dass das freisprechende Urteil allen Korrealschuldnern zu statten komme,[2]) während die Gesamtwirkung des kondemnatorischen Urteils in der Regel verneint wird.[3]) In neuerer Zeit wird häufig die Gesamtwirkung angenommen, wenn das Urteil über das ganze Korrealverhältnis entscheidet, verneint, wenn es nur über die „subjektive Beziehung" des Beklagten ergeht.[4]) —

Das Quellenmaterial, auf welches sich die herrschende Lehre stützt, besteht aus folgenden Stellen:

l. 7 § 1 D de except. 44. 1 Paulus libro tertio ad

---

[1]) Litiskontestation und Urteil S. 450.

[2]) Ribbentrop S. 262 f.; Savigny, Obl. I S. 189 f.; Vangerow I § 173 Z. 8. S. 287; Bekker, proz. Cons. S. 214 ff.; Dvorzack, krit. Überschau IV, S. 68; Fritz Lindes Zeitschr. N. F. XIX S. 110; Baron S. 372; Brinz, krit. Bl. IV S. 29; Pand. I § 98 zu N. 36; Windscheid krit. Vierteljahrsschr. III S. 173; Waldner S. 107. Dagegen: Fitting S. 70 ff.; Kuntze, Obl. u. Sing. S. 210 ff.; E. A. Seuffert in Senff., Pand. § 296 N. 2; Mitteis, Indiv. S. 90 f.; Grünhuts Zeitschr. XIV S. 456 f.; Dernburg II § 73 Z. 4e; Binder, die subjekt. Grenzen der Rechtskraft S. 53 ff.

[3]) Savigny I S. 191; Vangerow I § 173 N. 8 S. 287; Windscheid II § 295 zu N. 8; Ribbentrop S. 268; Baron S. 372; Unger S. 266; Ascoli S. 51; Brinz, krit. Bl. IV S. 30.

[4]) Windscheid krit. Vierteljahrsschr. III S. 175; Pand. II § 295 zu N. 7; Unger S. 267 zu N. 134; Vangerow a. a. O.; Hartmann Archiv f. d. civ. Prax. Bd. 50 S. 133 ff.; Zeitschr. f. schweizerisches Recht N. F. VI S. 140 ff.

Plautium: Rei antem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae. .....

l. 42 § 3 D de iureiur. 12, 2 Pomponius libro XVIII epistolarum: Item si reus iuravit, fideiussor tutus sit, quia et res iudicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret.

Für die paritätische Korrealität fehlt es dagegen an jedem Quellenzeugnis über die behauptete Rechtskraftwirkung, und es ist daher fraglich, ob aus den beiden genannten Stellen eine Folgerung auf die duo rei promittendi möglich ist.

In Bezug auf die l. 7 § 1 cit. ist dies gewiss zu verneinen. Bei ihr steht nicht eine Reflexwirkung des Urteils auf eine dritte Person in Frage, handelt es sich nicht um eine eigene Einrede des Bürgen, sondern nur um die exceptio des Hauptschuldners, deren sich der Bürge infolge des accessorischen Charakters der Bürgschaftsobligation bedienen kann, wenn er nicht ohnehin schon durch die Litiskontestation mit dem Hauptschuldner befreit ist.[5])

Auch die l. 42 § 3 cit. lässt einen Schluss auf die paritätische Korrealität dann nicht zu, wenn man der fideiussio überhaupt die Natur einer Korrealobligation aberkennt. Anders ist dies dann, wenn man, wie wir, in der fideiussio den Hauptfall accessorischer Korrealität erblickt, unter der Voraussetzung, dass die Entscheidung des Pomponius in l. 42 cit. nicht auf die accessorische Natur der Bürgschaftsobligation zurückzuführen ist. Diese Voraussetzung aber ist zweifellos als gegeben zu erachten, da sich aus der Accessionsnatur der Bürgschaft wohl die Rechtskraftwirkung zu gunsten des Bürgen, nicht aber die zu gunsten des Hauptschuldners erklären würde.

Dennoch sind wir der Ansicht, dass von der behaupteten Gesamtwirkung des Urteils im weiteren wie im engeren Rahmen nicht die Rede sein kann, weil sie absolut unverträglich ist mit der für das klassische Recht feststehenden Gesamtwirkung der Litiskontestation. Wenn es richtig ist, dass „altero convento alter liberatur“, dann hat die Berufung auf ein obsiegliches Urteil von seiten des befreiten Korrealschuldners keinen Sinn.

An diesem Zwiespalt hat sich weder Keller, noch Ribbentrop gestossen. Während ersterer sich damit begnügt, die angebliche Wirkung des Urteils zu konstatieren, versucht allerdings Ribbentrop, derselben ein Fundament zu geben.[6]) Sein Aus-

[5]) So Geib, Bürgschaftsrecht S. 131 ff.

[6]) § 28 S. 259 ff.

gangspunkt ist jedoch die Litiskontestationswirkung. Daraus, dass schon die Litiskontestation, sei es ipso iure, sei es mittels der exceptio rei in iudicium deductae, die nicht belangten Korrealschuldner befreit, schliesst Ribbentrop, dass es nicht auffällig sein könne, wenn die Wirkung des Urteils in den Quellen „kaum erwähnt werde“. Mit der exc. rei in iudicium deductae hält er auch die exceptio rei iudicatae in ihrer negativen Funktion für gegeben, und neben derselben, analog der exceptio iurisiurandi, die Einrede der Rechtskraft in ihrer positiven Funktion. Savigny hat diese Lehre acceptiert und in der Folge wurde sie in dem Masse communis opinio, dass man noch heute in ihr den wichtigsten Pfeiler der ganzen Ribbentropschen Unterscheidung sieht.[7])

Diese Lehre setzt aber zunächst voraus, dass die Kellersche Unterscheidung zwischen der positiven und negativen Funktion der exceptio rei iudicatae begründet ist. Diese Theorie, in der man ehedem das „glänzende Verdienst Kellers“ gesehen hat,[8]) ist im Lauf der Zeit mehr und mehr angefochten worden,[9]) und auch ich möchte der Ansicht beipflichten, dass die Funktion der exceptio rei iudicatae im römischen wie im gemeinen Rechte wesentlich negativ war. Diese Frage kann natürlich hier nicht ausgetragen werden. Es mag die Bemerkung genügen, dass die positive Funktion inter partes vollkommen wertlos ist, da die negative Funktion weiter als sie ist, und mithin nicht einzusehen ist, wie sich neben der negativen die positive Funktion entwickeln konnte; dass dies nicht nur für die obligatorischen, sondern auch für die dinglichen Klagen gilt, bei denen man bisher die positive Funktion nicht entbehren zu können glaubte,[10]) weil die Konsumption der Klage des ehemaligen Beklagten nur eine Folge der Konsumption der früheren Klage ist.[11])

Schwieriger ist es allerdings, die Wirkung eines Urteils auf dritte Personen immer auf die negative Funktion, d. h. auf die Klagenkonsumption, zurückzuführen; es will dies schon deshalb nicht möglich erscheinen, weil es sich bei der Rechtskraft für und gegen Dritte in der Regel nicht um Wiederholung der früheren

---

[7]) Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. XXIV S. 185 f.

[8]) Windscheid, Pand. I § 130 N. 23a.

[9]) Bekker, proz. Cons. S. 132 ff.; Aktionen I S. 349 f.; Brinz, Pand. §§ 96—98; Rudorff, r. R.Gesch. II S. 262 N. 5; Affolter, Institutionensystem I S. 325 ff.

[10]) Windscheid I § 130 zu N. 15.

[11]) Bekker, Cons. S. 16 f.; Affolter a. a. O. gegen Keller, r. Civilproz. § 72.

Klage, sondern um eine auch inhaltlich neue Klage handelt, bei welcher die res iudicata des früheren Prozesses nichts weiter, als eine materielle Voraussetzung, einen sog. Praeiudizial- oder Incidentpunkt bildet, und weil es sich dabei ausnahmslos nicht um Dasein oder Nichtdasein des Urteils, sondern um das materielle Ergebnis des Prozesses handelt.

Das sind die Fälle, in welchen die Quellen nicht sagen „tertio sententia obest“,[12]) sondern: alicui res iudicata „proficit“.[13]) Man beachte, dass in diesen Fällen nur dem kondemnatorischen Urteil die Wirkung zu gunsten des Dritten zukommt: weil durch dasselbe ein positivum festgestellt wird, welches auch für den Dritten als festgestellt gelten soll; ein abweisendes Erkenntnis stellt nur ein negativum fest, dem die Wirkung auf Dritte versagt ist.[14]) Infolgedessen scheint es mir einstweilen zweifelhaft, ob zur Geltendmachung dieser Funktion der Rechtskraft überhaupt die exceptio rei iudicatae diente. Die Quellen lassen die res iudicata „nützen“, ein besonderes Mittel der Geltendmachung, Einrede oder Replik, erwähnen sie nicht.[15])

Allerdings hat man versucht, auch diese Fälle unter den Gesichtspunkt der Klagekonsumption zu bringen. Man geht davon aus, dass der Zweck der exceptio die Zurückweisung der Klage sei, ihre Voraussetzung, dass über diese Klage bereits ein Urteil ergangen sei. Man nimmt an, dass z. B. die Wirkung des Urteils über die hereditatis petitio gegenüber den Legataren und Erbschaftsgläubigern[16]) sich in der Weise erklärt, dass mit der hereditatis petitio zugleich auch die actio ex testamento nicht ihrem Inhalt, aber ihrer Voraussetzung nach, in iudicium dedu-

---

[12]) Vgl. l. 63 D. de re iud. 42, 1.

[13]) l. 4 § 3 D. si serv. vind. 8, 5; l. 6 § 1 D. de inoff. test. 5, 2; l. 10 § 4 D. de appell. 49, 1; l. 2 C. si unus 7, 68; Ihering Jahrb. X S. 292.

[14]) Nur die Feststellung der Voraussetzung kann auf den Dritten einwirken; die Verneinung regelmässig nicht, weil dies eine Benachteiligung des Dritten wäre. Doch ist das nicht ausnahmslos richtig. Vgl. meine „subjektiven Grenzen der Rechtskraft“ § 21. Die genauere Ausführung dieses Gedankens muss ich einer späteren Arbeit vorbehalten.

[15]) Über l. 9 § 1 D. de exc. rei iud. 44, 2; l. 16 § 5 D. de pign. 20, 1 u. l. 9 pr. D. de re iud. 42, 1 siehe Affolter a. a. O. I S. 328 gegen Windscheid, Pand. I § 130 N. 23; Brinz I S. 328; Bekker, proc. Cons. S. 318 ff. — Hierbei mag noch bemerkt werden, dass von positiver Funktion überall da keine Rede sein kann, wo diese durch die negative gedeckt wird. Dahin gehören alle Fälle, wo die Wirkung des Urteils auf die dritte Person auf Succession oder Defension beruht.

[16]) Vgl. meine „subjekt. Gr. d. Rechtskraft“ § 20 S. 70 ff.

ziert sei.[17]) Aber richtig ist das nur, insoweit eine exceptio rei iudicatae in diesem Fall in Frage kommt, nämlich wenn der Intestaterbe über den Testamentserben siegt. Der letztere setzt alsdann den Legataren die exceptio rei iudicatae entgegen. Aber wenn der Testamentserbe siegt, so kann der Gesichtspunkt der Prozesskonsumption nicht einschlagen, insofern sich die Legatare anf das obsiegliche Urteil des Testamentserben gegen ihn selber berufen können. Vielmehr lassen die Quellen deutlich erkennen, dass ein ganz anderes Moment hier in Betracht kam, und dass ein anderes Rechtsmittel als exceptio oder replica rei iudicatae die Reflexwirkung des Urteils schützte:

> l. 50 § 1 D. de leg. I°: Ulpianus libro XXIV ad Sabinum: . . . „nec enim tam improbe causari potest secundum se iudicatum per gratiam. respondebit igitur et legatariis, ut creditoribus“,

nämlich eine replicatio doli generalis. Diese möchten wir in gleicher Weise in allen anderen Fällen annehmen, in welchem das Urteil das Vorhandensein einer Klagvoraussetzung für eine dritte Person feststellt. So finden wir, dass die Lehre Kellers von der positiven Funktion nicht richtig ist, dass in ihr aber ein richtiger Kern verborgen ist.[18])

Wir mussten diese Frage wenigstens andeutungsweise erörtern, weil die Frage der Rechtskraftwirkung auf Korrealobligationen von ihr nicht zu trennen ist. Hat es nie eine positive Funktion der exceptio rei iudicatae gegeben, so ist jedenfalls die Argumentation Vangerows und anderer ohne weiteres hinfällig: die exceptio rei iudicatae in ihrer negativen Funktion ist durch die l. 28 C. de fideiuss. beseitigt; folglich blieb uns die positive Funktion erhalten.[19])

Wir müssen vielmehr die Frage in der Weise formulieren: Kann dem correus debendi die Einrede der Rechtskraft, oder jene weitergehende positive Wirkung des Urteils überhaupt zu-

---

[17]) Affolter I S. 306, 328 ff., der sehr bezeichnend von „synthetischer Identität der res“ spricht.

[18]) Nicht aber möchten wir Regelsberger krit. Vierteljahrsschrift XVIII S. 202 zugeben, dass nur eine schlechte Bezeichnung für richtige Begriffe selbst in Frage steht. Der Begriff der positiven Funktion ist unrichtig, wie er von Keller angenommen war; wir möchten indessen vorschlagen, den Terminus „positive Funktion“ für die Fälle festzuhalten, wo die exceptio rei iudicatae oder replica rei iudicatae nicht eingreift.

[19]) Vangerow I § 173 N. V Z. 8 S. 287. Dagegen meine subjektiven Grenzen der Rechtskraft S. 55.

gestanden haben? Die erste Alternative ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die exceptio rei iudicatae Organ der Prozesskonsumption ist und die Befreiung des einen Korreus durch den Prozess des anderen auf der Prozesskonsumption beruht und durch die exceptio rei in iudicium deductae geschützt wird;[20]) die zweite Alternative dagegen zweifellos zu verneinen, da sie mit dem Wesen der Korrealität absolut unvereinbar ist. Die negative Funktion ist mit der Korrealität verträglich, da sie Konsequenz der Konsumption ist; die positive Funktion würde hier wie anderwärts eine Schlussfolgerung voraussetzen, die von der Verpflichtung oder Nichtverpflichtung des einen Korreus auf die des anderen zu ziehen unmöglich ist. Denn immer beruht die Rechtskraftwirkung gegen Dritte auf einer logischen Beziehung zwischen der Partei und dem Dritten; bei der Korrealobligation ist eine solche nicht vorhanden.[21])

Die l. 42 § 3 könnte deshalb von der positiven Funktion der exceptio rei iudicatae nicht gehandelt haben, selbst wenn wir diese Funktion überhaupt anerkennen könnten. Der Ausspruch des Pomponius widerspricht der Litiskontestationswirkung im klassischen Recht; er widerspricht auch dem Wesen der Korrealität. Wir stehen daher vor der Alternative, die l. 42 § 3 auf die negative Funktion zu beziehen,[22]) oder aber anzunehmen, dass die Stelle uns nicht in ihrer pomponischen Fassung erhalten ist.[23])

Beides ist nicht unmöglich. Wenn auch, wie wir gesehen haben, auch der Eid eine wesentlich „negative" Funktion hatte, der Litiskontestation vergleichbar, so war es doch nicht unrichtig zu sagen „si reus iuravit, fideiussor tutus sit", weil eben erst durch die Leistung des Eides, wenn sie überhaupt erfolgte, der Schuldner befreit wurde. Der Eid aber hat immer einen positiven Inhalt; der Delat kann seine Verpflichtung nur a b schwören. Infolgedessen ist es nicht ausgeschlossen, dass Pomponius seine

---

[20]) Vgl. m. subj. Grenzen der Rechtskraft S. 57 f.

[21]) Dagegen Fitting; s. aber unten Kap. IV § 20.

[22]) So Kuntze S. 210; Fitting S. 70, meine „subj. Grenzen" S. 53 f.

[23]) Vgl. Dernburg II § 73 N. 15; Lenel, Palingenesia II Pomponius N. 208. Über die l. 42 § 3 de iureiur. s. auch Affolter I S. 350, welcher der von uns angenommenen Schwierigkeit dadurch aus dem Wege zu gehen sucht, dass er behauptet, die Konsumption der actio geschehe regelmässig durch den ganzen Prozess, der durch das Urteil seine Vollendung finde. Im wesentlichen läuft das darauf hinaus, dass die exc. rei iudicatae auf der Konsumption der exc. rei in iud. deductae beruht.

Worte in Bezug auf das Urteil so gewählt hat, damit sie eine Vergleichung mit dem Eide ermöglichten. Näher scheint mir allerdings die Annahme einer Interpolation zu liegen, worauf insbesondere der unmotivierte Konjunktiv imperfecti „proficeret" hinweist. Es liesse sich denken, dass Pomponius den Eid mit der Litiskontestation verglichen hatte, und dass die Stelle von den Kompilatioren wegen der l. 28 C. de fideiuss., allerdings recht ungeschickt, umgearbeitet wurde.

Gegen diese Argumentation schützen sich allerdings die Anhänger der herrschenden Lehre dadurch, dass sie annehmen, es müsse das Urteil, um die fragliche Wirkung zu äussern, über das korreale Verhältnis, nicht nur über die subjektive Beziehung des einzelnen Korreus ergehen,[24]) indem sie, die Analogie des Eides heranziehend, den Gedankengang des Pomponius auf den Kopf stellen.

Aber u. E. ist dies eine unmögliche Voraussetzung. Eine solche Rechtskraft wäre nur unter der Annahme denkbar, dass das römische Recht eine Rechtskraft der Entscheidungsgründe gekannt hätte, was doch wohl abzulehnen sein dürfte.[25]) Schon der Terminus „res iudicata" weist darauf hin, dass nur das Gegenstand der Rechtskraft sein kann, was Gegenstand des Urteils und des Prozesses ist,[26]) und dieser Gegenstand ist eben nichts anderes, als der in der Klage gegen den Beklagten erhobene Anspruch. Für den römischen Formularprozess ergibt sich der Gegenstand der Rechtskraft, die res iudicata, aus der Intentio; denn intentio est ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit.[27]) Gegenstand der Rechtskraft kann infolgedessen auch nur der vom Kläger gegen diesen Beklagten erhobene Anspruch sein; eine Ausnahme ist nur möglich, wenn trotz der Verschiedenheit der Subjekte eine — objektive — Identität des Anspruchs vorhanden ist und ausserdem ein Schluss aus dem Schicksal des erhobenen Anspruchs auf den nicht erhobenen Anspruch möglich ist. Für keinen Fall aber kann sich die Rechtskraft auf etwas anderes, als die res selbst, den Anspruch, also insbesondere nicht auf seine Voraussetzungen beziehen. Überdies ist diese ganze

---

[24]) Savigny a. a. O. S. 191; Windscheid II § 295 N. 7 u. a. m.

[25]) Vgl. Windscheid I § 130 N. 6 u. 19 gegen Savigny, System VI § 291—293 u. andere. Gegen die Rechtskraft der Entscheidungsgründe nun auch Affolter I S. 298 f.

[26]) m. „subj. Grenzen d. Rechtskraft" S. 57 f.

[27]) Gai IV, 41.

Argumentation schon deshalb hinfällig, weil, wie wir gesehen haben, auch der Eid des Korrealschuldners nicht „in rem“, d. h. über seine persönliche Beziehung hinaus, geschworen werden kann.

Dieses praktische Moment, welches auf der möglichen Verschiedenheit der Rechtslage zweier Korrealschuldner beruht und auf dieser Grundlage zu der notwendigen Forderung führt, dass diese Verschiedenheit nicht durch die behauptete Resjudikatawirkung ignoriert werde, macht uns in der vorwürfigen Frage das Zurückgehen auf irgend eine Korrealitätstheorie überflüssig. Man mag die Ribbentropsche Unität, die Baronsche Gesamtobligation, die Brinzsche Vertretungstheorie, die Ungersche Theorie der gemeinsamen Haftung, unsere Lehre von der Identität der Leistung und welche sonst immer, zu Grunde legen: es ist blosser Schein, dass sich aus ihnen die angebliche Rechtskraftwirkung irgendwie rechtfertigen liesse oder dass sie von denselben mit Notwendigkeit gefordert würde.

Wir können insbesondere auch die Bemerkungen nicht billigen, mit welchen Waldner die behauptete Rechtskraftwirkung verteidigen zu können glaubt.[28]) Waldner ist der Meinung, dass das Recht, wenn es nur die „Einzelrechtskraft“ des absolutorischen Urteils anerkennt, diese Rechtskraftwirkung selbst zu nichte macht, indem es den freigesprochenen Schuldner nur gegen den erneuten Angriff des Gläubigers, nicht gegen den Regress des belangten Mitschuldners schützt. Wenn wir dem gegenüber auch nicht verkennen, dass in der Negation der Rechtskraftwirkung auf den nicht belangten Korreus eine gewisse Gefahr für den belangten, aber freigesprochenen Korreus liegt, so dürfte sie doch in der That geringer sein, als es den Anschein hat. Thatsächlich ist die Quelle der Gefahr eher das Vorhandensein des Regresses als das Nichtvorhandensein der Rechtskraft, und sie ist für Waldner grösser als für uns, weil er den Regress dem Korreus ohne weiteres zugesteht.[29]) Für uns kommt nur die Frage in Betracht, ob es, wenn der Korreus regressberechtigt ist, wirklich so unbillig ist, dass der freigesprochene Korreus mittelbar zum Tragen der Korrealschuld herangezogen werde. Und dies scheint uns gerade verneint werden zu müssen. Denn wenn der Korreus, der aus dem Rechtsstreit mit dem Gläubiger siegreich hervorgegangen ist, wirklich der Mitschuldner des anderen

---

[28]) S. 107.

[29]) S. 122 ff. Vgl. unten § 18.

Korreus war, so geschieht ihm nicht unrecht, wenn die materiell verfehlte Sentenz auf dem Wege des Regresses vernichtet wird. War er dagegen überhaupt nicht Schuldner des Klägers, so wird auch in der Regel von einem Regress des anderen Korreus gegen ihn nicht die Rede sein können; er wird in der Lage sein, sein Nichtsschuldigsein dem Einen gegenüber ebenso gut wie gegen den anderen zu beweisen. Überdies aber ist der Regress gar nicht notwendig an das Bestehen eines Korrealverhältnisses geknüpft; als Beziehung der Schuldner zu einander beruht er — was Waldner freilich nicht anerkennt — auf Verhältnissen, die eine Innenbeziehung begründen, während die Korrealität eine solche weder enthält noch voraussetzt, sondern überhaupt nur Beziehung des Gläubigers zu jedem einzelnen Schuldner ist. Der Regress des unterlegenen Schuldners gegen seinen freigesprochenen socius setzt auch gar nicht voraus, dass der letztere dem Gläubiger etwas schuldig war, sondern dass er nach der Gesellschaftsrechnung dem verurteilten Socius den erlittenen Nachteil ganz oder teilweise zu ersetzen schuldig ist.[30]) Ferner ist die Gefahr, die Waldners Ausführungen veranlasst, geringer als die, welche aus der Anerkennung der Gesamtwirkung des Urteils für den Gläubiger entstehen würde.[31]) Und was endlich die juristische Konstruktion der behaupteten Gesamtwirkung betrifft, so scheint mir die Waldnersche „Gesamtdefension, die aus der wechselseitigen Füreinanderhaftung der Korrei entspringt",[32]) einerseits auch notwendig zur Gesamtwirkung des verurteilenden Erkenntnisses zu führen, anderseits an der Unmöglichkeit zu leiden, aus dem Füreinanderhaften eine Legitimation zum Füreinanderhandeln abzuleiten.[33]) In der That scheint hier auch Waldner auf das Hereinziehen dieses Füreinanderhandelnwollens

---

[30]) Vgl. dazu Ihering, Jahrb. für Dogmatik XXIV S. 186; Mitteis Grünhuts Zeitschrift XIV S. 463. Mit Recht betont der letztere im Hinblick auf das Regressmoment, dass es Zufall ist, wenn dem einen Korrealschuldner, vorausgesetzt, dass dem freisprechenden Urteil Gesamtwirkung zukommt, dem kondemnatorischen dagegen nicht, die Rechtskraft des den anderen Korreus freisprechenden Erkenntnisses zu gute kommt. Wenn das zuerst erlassene Urteil ein kondemnatorisches ist, so hilft der später erfolgende Freispruch des anderen Korreus demselben nicht gegen die Folgen des Regresses, sondern er kann durch die Regressklage thatsächlich illusorisch werden.

[31]) Insofern nämlich der Gläubiger mit dem einen Schuldner zugleich den anderen verlieren würde.

[32]) Waldner S. 109.

[33]) Vgl. auch Mitteis Grünhuts Zeitschr. XIV S. 457 f.

verzichten zu wollen. Die Gesamtkonsumption ist ihm zwar durch Vertretung vermittelte Konsumption; aber diese Vertretung wird nicht durch den Willen des belangten Korreus vollzogen, sondern durch die Norm, welche die Gesamtkonsumption — und damit die Gesamtrechtskraft — anordnet; der Parteiwille spielt nach Waldner nur insoweit eine Rolle, als er die Gesamtkonsumption verhindern kann.[34]) Wir wollen diese Inkonsequenz nur konstatieren; uns genügt es, dass Waldner selbst anerkennt, dass an sich gegen die verschiedenen Korrealschuldner verschiedene Urteile möglich sind;[35]) damit ist seine Theorie von vornherein widerlegt.

Wir können mithin die herrschende Lehre nicht für begründet anerkennen. Sie ist weder mit dem Wesen der Korrealität, noch mit dem Wesen der Rechtskraft vereinbar, noch endlich mit den unzweifelhaften Sätzen, welche für die Wirkung der Litiskontestation auf die Korrealobligationen im klassischen Rechte gegolten haben.

Es ist daher auch eine Verkennung der Sachlage, wenn Ihering in der exceptio rei iudicatae des nicht belangten Korrealschuldners den sichersten Beweis für die Richtigkeit der Ribbentropschen Unterscheidung sieht.[36]) Auch Iherings Nützlichkeitserwägungen verdienen keinen Beifall; die Frage: ob „etwa der Gläubiger, dessen einer Schuldner z. B. wegen Zahlung freigesprochen worden ist, der Reihe nach die anderen in Anspruch nehmen dürfe", beruht auf dem verfehlten Gedanken, dass die exceptio rei iudicatae nicht einen Prozess, ein Urteil, sondern ein Beweisverfahren zu ersparen habe. Nichts von der alten Parömie „ne bis de eadem re sit actio", die geradezu in ein „ne bis sit probatio" umgewandelt wird, einen Grundsatz, der dem materiellen Beweissystem des römischen Rechtes schnurstracks zuwiderläuft. Und zudem: kann über die Thatsache der Zahlung überhaupt entschieden werden? Thatsachen, darüber besteht doch wohl Einhelligkeit der Meinung, bilden keinen Gegenstand der Rechtskraft.[37]) Und wenn das Beispiel der Zahlung der Argumentation Iherings den Schein der Begründung leiht, — den Schein! Denn weshalb soll der eine Korreus nicht ebensogut wie der

---

[34]) S. 110.

[35]) S. 110.

[36]) Iherings Jahrb. f. Dogmatik XXIV S. 185 f.

[37]) Man beachte den Unterschied zwischen einer Feststellungsklage nach C.P.O. § 231 und dem Beweis zum ewigen Gedächtnis!

andere die Zahlung beweisen können und sollen? — so zeigt doch gerade dieses Beispiel, im Vergleich mit den oben angeführten Fällen, wie gefährlich es ist, aus einem Beispiel Schlüsse zu ziehen. Dem Schuldner den Beweis der Zahlung sparen, wäre hohe Begünstigung; dem Gläubiger den Beweis, dass der Beklagte sein Schuldner ist, deshalb abzuschneiden, weil ihm ein anderer nichts schuldig war, wäre eine ebenso einseitige, wie ungerechtfertigte Benachteiligung.

In der That ist auch dieses Beispiel nicht der letzte Grund der von Ihering verteidigten Ansicht. Für ihn als Anhänger der Ribbentropschen Theorie ist die Rechtskraftwirkung Ausfluss und Anzeichen der Obligationeneinheit. Demgegenüber sei kurz darauf hingewiesen, dass diese Einheit einerseits zu viel, anderseits aber nichts erklären würde. Ist die Rechtskraftwirkung notwendige Folge der Einheit, dann muss auch die Gesamtwirkung des verurteilenden Erkenntnisses angenommen werden. Anderseits aber ist die Einheit für sich allein nicht geeignet, die Brücke von der exceptio rei iudicatae zur mangelnden Personenidentität zu schlagen. Die Rechtskraft setzt regelmässig die nämlichen Personen voraus; weder Ribbentrop noch einem seiner Anhänger ist es gelungen, zu erklären, wie seine „Einheit" es ermöglicht, von der Personenidentität abzusehen. —

Endlich glaube ich ein positives Zeugnis für meine Ansicht aus den Quellen entnehmen zu können:

> l. 52 § 3 D. de fideiuss. 46, 1. Papinianus libro XI resp: Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur, sed omnes liberantur pecunia soluta.

Die herrschende Lehre sieht in dieser Stelle den direkten Beweis dafür, dass der Rechtskraft bei den blossen Solidarobligationen die Gesamtwirkung fehlt, und im Zusammenhalt mit der l. 42 § 3 de iureiurando dafür, dass ein wirklicher Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen besteht.[38]) Für uns, die aus der l. 42 § 3 die Gesamtwirkung des Urteils auf die Korrealobligation nicht folgern können, entfällt die Möglichkeit dieser Argumentation, selbst wenn die l. 52 § 3 wirklich von einer „blossen Solidarobligation" handeln würde. Wir hoffen indessen später zu zeigen,[39]) dass plures mandatores eiusdem pe-

[38]) Ribbentrop S. 266; Vangerow III § 537 a. E. S. 98. meine „subjektiven Grenzen der Rechtskraft" S. 54.

[39]) S. unten Kap. IV § 21.

cuniae credendae wirkliche Korrealschuldner sind. Alsdann wird sich auch herausstellen, dass die l. 52 § 3 cit. interpoliert ist, und dass die Worte „absolutione quoque secuta non liberantur, sed omnes liberantur pecunia soluta" auf die Rechnung der Kompilatoren zu setzen sind.[40]) Wir haben dann ein positives Zeugnis für unsere Ansicht, freilich nur für das justinianische Recht; indessen scheint uns die Meinung, dass im klassischen Recht angesichts der geltenden Litiskontestationswirkung die Gesamtwirkung des Urteils ausgeschlossen war, so unbezweifelbar, dass dieselbe eben nur für das justinianische Recht in Betracht kommen könnte. Insofern aber ist uns die l. 52 § 3 doppelt wertvoll, weil sie den Nachweis liefert, dass jene Argumentation „die negative Funktion fiel nach der l. 28 C. de fideiuss. hinweg; folglich blieb die positive Funktion bestehen" unrichtig ist. Jedenfalls muss aber, was man zur Begründung des Satzes angeführt hat, dass bei den blossen Solidarobligationen die Gesamtwirkung der Rechtskraft nicht eintritt, nämlich dass für jeden einzelnen Solidarschuldner eine besondere Obligation mit besonderem Verpflichtungsgrunde bestehe,[41]) auch für die Korrealobligationen gelten. Wie jeder Delinquent aus seinem dolus, jeder Mandator aus seinem Auftrag haftet, so haftet der Korreus aus seiner eigenen Promission, welche für ihn ebenso gut eine besondere causa, ein die anderen Korrei mithin von ihm trennendes Moment, wie die eigene Handlung des mandator und der eigene dolus des Deliktsschuldners ist; und ebenso ist die Gemeinsamkeit der einzelnen Verpflichtungen das Bindende, Einende, wie die Gemeinsamkeit des Vorsatzes bei den Solidarobligationen.[42])

---

[40]) Vgl. einstweilen Eisele Archiv f. d. civ. Praxis 77 S. 461.

[41]) Hartmann Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 50 S. 155.

[42]) Diese Ausführungen stimmen im wesentlichen überein mit den bereits in meinen „subjektiven Grenzen der Rechtskraft" (1895) gegebenen. Dieselben haben Beifall gefunden bei Geib krit. Vierteljahrsschr. 3. Folge Bd. III S. 140; gegen dieselben hat sich Schott, die Cession von Korrealobligationen, Bresl. Diss. 1897, S. 81 ff. gewendet. Seine Polemik beruht indessen auf einer völligen Verkennung meiner früheren Ausführungen. Schott nimmt an, dass ich „die objektiv-tilgende Wirkung des Urteils im wesentlichen deshalb bestritten hätte, weil nach meiner Ansicht daraus folgen würde, dass wenn auch nur wegen eines subjektiv wirkenden Tilgungsgrundes die Abweisung der Klage erfolgte, der Dritte alsdann die Einrede der Rechtskraft gebrauchen könnte. Denn das Urteil laute doch nur: „Kläger wird mit seiner Klage abgewiesen." Hiegegen bemerkt er, dass diese Ansicht zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde, weil jede absolutio ab instantia dann einen Rechtsverlust für immer herbeiführen müsste. Denn auch in diesen Fällen laute der Urteils-

So wenig das kondemnatorische und absolutorische Urteil für und gegen die sämtlichen Korrei Rechtskraft wirkt, kann natürlich das kondemnatorische Urteil gegen die sämtlichen Korrei die actio iudicati begründen. Hierüber besteht auch keine Meinungsverschiedenheit.[48])

§ 17.

X. Mora und Culpa.

Die bedeutendste Stütze für seine Zweiteilung der solidarischen Verbindlichkeiten erblickt Ribbentrop in der verschiedenen Behandlung der Culpahaftung bei den Korreal- und den blossen Solidarobligationen. Während, wie in der Regel angenommen wird, die Quellen den Korrealschuldner auch für die culpa seines Mitschuldners haften lassen, steht für die Solidarobligationen seit Ribbentrops grundlegender Untersuchung über diese Frage das Gegenteil fest.[1])

Ob aber darin, vorausgesetzt, dass die Korrealschuldner für culpa alterius haften, ein Argument für die Zweiteilung der solidarischen Obligationen gefunden werden kann, scheint mir überhaupt fraglich. Wenn wir prüfen, **wann** bei den Korrealobligationen die gegenseitige Culpahaftung in Betracht kommen kann, so muss die Antwort unzweifelhaft dahin lauten: Wenn den Gegenstand der Korrealobligation eine individuell bestimmte Sache bildet, da nur in Bezug auf diese von Verschlechterung und Untergang, also auch nur hier von Ersatzleistung und

---

tenor ebenso, wie bei einer Sachentscheidung. Hiegegen bemerke ich, dass ich nicht im entferntesten auf die Form, sondern ausschliesslich auf den Inhalt des Urteils Gewicht gelegt habe: „Rechtskräftig entschieden wird nicht über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Korrealverhältnisses, sondern über einen Anspruch, der sich gegen die Partei richtet" (S. 58). Und ferner: „Aus der Möglichkeit verschiedenartiger Gestaltung" (der Korrealobligation) „ergibt sich aber auch die weitere Folge, dass nun und nimmer von einer Rechtskraft für und gegen einen correus debendi oder credendi, der nicht am Prozesse teilgenommen, die Rede sein kann" (S. 59). „Es genügt nicht, dass die Obligation einheitlich gestaltet sein kann, es ist vielmehr nötig, dass sie es begrifflich ist und sein muss." (eod.) Damit dürften die Einwendungen Schotts erledigt sein. Auf seine eigene Anschauung werde ich im II. Teil bei Besprechung des B. Gesetzbuchs zurückkommen.

[48]) Vgl. Savigny, Obligationenrecht I S. 191; Ascoli, sulle obbligazioni solidali 1890, p. 51 ff.

[1]) Ribbentrop § 10 S. 56 ff., vgl. mit § 5 S. 28 ff.

culpa die Rede sein kann. Mit diesem Erfordernis ist die l. 18 D. h. t. 45, 2 an sich im Einklang, insofern den Gegenstand der Obligation die Leistung eines Sklaven bildet. Gegenseitige Culpahaftung ist also nicht das Kriterium jeder Korrealobligation.

Fragen wir weiter nach dem Gegenstand der Obligationen, aus denen Ribbentrop seine Lehre über die Culpahaftung bei den bloss solidarischen Obligationen abgeleitet hat, so finden wir, dass dieselben überhaupt niemals eine bestimmte Sachleistung zum Gegenstand haben, sondern zunächst blosse Haftungen für ein bestimmtes Verhalten bilden, welche möglicherweise allerdings Schulden, aber nur Ersatz-, d. i. Geldschulden erzeugen. Das gilt insbesondere von dem von Ribbentrop eingehend behandelten Fall mehrerer Tutoren. Die Tutel ist an sich, wie wir ausführen werden,[2]) nur ein Begründungstitel für eine Obligation; eine Obligation entsteht durch das schuldhafte Handeln und Unterlassen des einzelnen Vormundes, eine Solidarobligation durch das gemeinsame Verschulden mehrerer Vormünder. Mehrheit der Vormünder begründet also einerseits noch keine Solidarobligation; wenn anderseits im einzelnen Fall eine solidarische Verbindlichkeit eintritt, so ist ihr Gegenstand eine Geldschuld, und von gegenseitiger Culpahaftung kann infolgedessen hier schon deshalb keine Rede sein, weil überhaupt keine Culpahaftung mehr in Frage kommen kann.

Ist dies der Fall, dann sind die beiden Prämissen des Ribbentrop'schen Schlusses und mithin der Schluss selbst hinfällig. Weder begründet die Korrealität an sich die gegenseitige Culpahaftung, noch schliesst die Solidarität dieselbe an sich aus: Was spricht dafür, dass es nicht die Solidarität auch in der Korrealobligation ist, die dann, wenn der Gegenstand der Obligation es ermöglicht, die gegenseitige Culpahaftung begründet?

Um einen Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität kann es sich hier also nicht handeln.

Anscheinend liegt allerdings die Sache anders bei der Solidarobligation mehrerer Depositare oder Kommodatare. Den Inhalt ihrer Obligation bildet die Restitution der geliehenen oder anvertrauten Sache; also eine Sachleistung, nicht anders wie bei mehreren „rei eiusdem Stichi promittendi". Dennoch findet hier keine Haftung für culpa alterius statt; die Culpa des Einen bewirkt vielmehr die Konzentration der Haftung, oder vielmehr der

---

[2]) Kap. IV § 21.

nunmehr entstandenen Geldschuld, auf seine eigene Person, so dass sein Mitschuldner befreit wird.[3])

Allein diese Beobachtung würde die Ribbentropsche Folgerung nur dann rechtfertigen, wenn 1) Kommodatare und Depositare wirklich nur „Solidarschuldner“ wären und 2) die behauptete Culpawirkung bei den Korrealobligationen wirklich feststünde. Dass aber Kommodatare und Depositare Korrealschuldner sind, wird unten gezeigt werden; unter dem Vorbehalt dieses Nachweises bilden diese beiden Fälle ebenso, wie der Fall mehrerer Vormünder, ein schlagendes Argument gegen Ribbentrop und seine Anhänger. Denn dass Tutoren und Depositare nicht für das Verschulden ihrer Mitschuldner aufzukommen haben, ist seit Ribbentrop nicht bezweifelt worden. Ausserdem haften nach ausdrücklichem Quellenzeugnis[4]) mehrere Depositare nur für gemeinsamen dolus; also auch nur für gemeinsames Verschulden (culpa lata); also kann nicht der eine Depositar für die Schuld des anderen haften.

Was die zweite Voraussetzung betrifft, so wird die l. 18 h. t. zwar gerade in neuerer Zeit als klar und unzweideutig bezeichnet;[5]) aber wir können dies einerseits nicht zugeben und behaupten anderseits, dass die Stelle anderen Stellen widerspricht und mit dem Wesen der Korrealität nur dann vereinbar ist, wenn man sie nicht von der behaupteten Culpahaftung versteht.

Ausser den schon soeben genannten Stellen, welche sich auf die Culpahaftung der Depositare und Kommodatare beziehen, ist noch auf andere Stellen zu verweisen, welche zwar nicht von der Wirkung der Culpa handeln, aber trotzdem mit dem der l. 18 cit. untergelegten Sinn nicht wohl vereinigt werden können.

---

[3]) Ribbentrop S. 128; Savigny Obligationenrecht I S. 204 f.; Brinz, krit. Bl. IV S. 44 u. a. m. l. 1 § 43 D. depos. 16, 3; l. 5 § 15 D. comm. 13, 6. In der letzteren Stelle sieht Eisele Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 84 S. 300 einen direkten Beweis für die gegenseitige Culpahaftung bei Korrealobligationen; m. E. muss die Stelle verb.: „et dolum et culpam et diligentiam et custodiam me praestare debere“ geradezu als Beweis des Gegenteils betrachtet werden. Auch ich halte die Kommodatare für Korrealschuldner; s. darüber unten Kap. IV § 21. Aber dass hier von dolum praestare debere in totum die Rede ist, beweist, dass entweder dolus communis in Frage steht (vgl. l. 1 § 43 depos. 16, 3), und dann muss auch die culpa als culpa communis aufgefasst werden, oder überhaupt der Satz nur auf die eigene Verschuldung des einzelnen Kommodatars zu beziehen ist.

[4]) l. 1 § 43 D. depos. 16, 3.

[5]) Eisele Archiv f. civ. Prax. 84 S. 299.

l. 18 D. de duobus reis 45, 2. Pomponius libro quinto ex Plautio: Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alteris factum alteri quoque nocet.

l. 173 § 2 D. de R.J. 50, 17 Paulus libro VI ad Plautium: Unicuique sua mora nocet. quod et in duobus reis promittendi observatur.

l. 32 § 4 D. de usur. 22, 1 Marcianus libro quarto regularum: Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.

Die Vereinigung dieser drei Stellen hat schon Ribbentrop Schwierigkeiten gemacht. So sehr die l. 18 ein Beleg für die Richtigkeit der Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität und für die Einheitstheorie zu sein schien,[6]) so sehr schienen die beiden anderen Stellen sowohl der Einheit der Korrealobligation als auch dem aus der l. 18 entnommenen Satze zu widersprechen.[7]) Fitting hat zwar mit rühmenswerter Objektivität ausgeführt, dass den beiden Fragmenten kein Beweis gegen die Einheit zu entnehmen sei;[8]) allein ich kann ihm hierin nicht beistimmen. So möglich im allgemeinen die Auffassung Fittings ist, dass der debitor morosus für den Schaden einstehen muss, den seine mora verschuldet, und so richtig die Folgerung aus dieser Prämisse ist, dass, wenn die Folge der mora der Untergang des geschuldeten Gegenstandes ist, der Schaden im Untergang der sämtlichen Obligationen besteht und daher der Schuldner gerade aus diesem Untergang, mithin aus der Befreiung der anderen Schuldner verpflichtet wird, so muss doch behauptet werden, dass dies keineswegs die Auffassung der römischen Juristen ist. Man bedenke, dass duo rei p r o m i t t e n d i in Frage stehen; bei der aus ihrer Promission entstandenen obligatio stricti iuris ist von dem Untergang der Obligation durch die mora keine Rede; statt dass vielmehr an deren Stelle eine neue Obligation auf Schadenersatz tritt, wird der Untergang der ersteren einfach ignoriert und die Obligation „perpetuiert". Die Auffassung, dass die Obligation auf Schadenersatz nicht, wie Fitting meint, aus der mora erst entsteht, sondern die Fortsetzung der alten Obligation ist, spricht entschieden gegen die behauptete Einheit; die perpetuatio obligationis ist ja gerade, um mich der Ausdrucksweise Ribbentrops zu bedienen, Aufrechterhaltung des „objektiven

---

[6]) Ribbentrop S. 27.

[7]) Kuntze, Obligation und Singularsucc. S. 149.

[8]) S. 83 f. Vgl. Samhaber S. 114.

Bestandes" — Stichum dare oportare — trotz dem Untergang des Objektes.

Ist aber dieser „objektive Bestand" für den einen Schuldner forterhalten, für den anderen untergegangen, was liegt dann näher als die Folgerung, dass der „objektive Bestand" für die verschiedenen Schuldner ein verschiedener ist?

Dagegen muss ich Fitting vorbehaltlos zustimmen, wenn er die Wirkung der mora als unvereinbar mit der behaupteten Culpawirkung bezeichnet. Denn auch die Culpa hat bei der Obligatio stricti iuris die Bedeutung, dass die Obligation perpetuiert wird, obwohl das Objekt untergegangen ist und es ist daher nicht einzusehen, warum im Fall der mora etwas anderes gelten soll als im Fall der culpa.

Über die Schwierigkeit, welche hiernach die genannten Stellen bereiten, sucht Ribbentrop damit hinwegzukommen, dass zwar durch die Culpa das „streng einheitliche" Verhältnis perpetuiert wird, dass aber bei der mora dies nicht der Fall sei, weil die mora durch die Interpellation des Gläubigers eine überwiegende subjektive Beziehung erhalte.[9]) Ein vergeblicher Versuch, der Scylla und der Carybdis zu entgehen![10]) Denn es ist eine unhaltbare Behauptung, dass die Interpellation der mora die persönliche Beziehung gebe; sie bewirkt nur, dass dieser und nicht der andere Schuldner in Verzug kommt; die Frage aber, die hier behandelt werden musste, war schon für Ribbentrop nicht die, wer von zwei Korrealschuldnern in Verzug kommt, sondern die andere, welche Wirkung der Untergang der geschuldeten Sache infolge der mora, welcher dem in Vorzug befindlichen Schuldner gegenüber ignoriert wird, auf die übrigen Korrei ausübt. Und wenn die mora als Folge der Interpellation allerdings etwas nicht nur „überwiegend", sondern rein Subjektives ist, so ist doch dieser Untergang etwas ebenso Objektives, und so würde auch die perpetuatio Obligationis, wie bei der Culpa, so auch hier etwas rein Objektives sein müssen.

Man wird freilich einwenden, dass der Fortbestand der Obligation durch die Perpetuation nichts Natürliches sei, sondern eine Fiktion, durch welche erreicht wurde, was der formellen Strenge der Verbalobligation widersprach. Mit Recht; aber auch dann ist die subjektive Wirkung der mora eine der objektiven

---

[9]) S. 28 ff. insbes. S. 32, nachdem er vorher mit Recht die Erklärungsversuche des Donellus zurückgewiesen, vgl. mit S. 35.

[10]) Landucci S. 140; Brinz, krit. Bl. IV S. 33 zu N. 65.

Wirkung der Culpa widersprechende Erscheinung. In der That hat auch Ribbentrop den umgekehrten Weg eingeschlagen. Die Wirkung der Culpa ist ihm, als Folge der Einheit, das Normale; für ihn handelt es sich darum, ihr gegenüber die Wirkung der mora zu rechtfertigen, während es sich m. E. darum handeln müsste, mit der quellenmässig feststehenden Morawirkung die problematische Wirkung der Culpa in Einklang zu bringen. Uns erscheint die Wirkung der Mora nicht nur billig,[11]) sondern natürlich und logisch; die Wirkung der Culpa aber aus der Obligationeneinheit trotz jener Wirkung der Mora zu erklären, unmöglich.[12])

Auch der Versuch Helmolts,[13]) die Stellen mittels einer Interpretation des Parteiwillens zu vereinigen, scheint mir misslungen zu sein. Denn gerade bei den verborum obligationes versagt dieses Auskunftsmittel, indem ja die Schuldner für nichts weiter haften, als was sie versprochen, und eine stillschweigende Willenserklärung in die deutliche, wörtliche Erklärung nicht hineingetragen werden konnte. Ebenso scheint mir Hölders[14]) Vorschlag, die l. 18 cit. unter Zuhilfenahme der l. 5 D. de duobus reis aus seiner fingierten Obligationeneinheit zu erklären, nicht acceptiert werden zu können. Sein Ausgangspunkt ist, dass die l. 18 unbestreitbar für die gegenseitige Culpahaftung spricht; hieran wird die Frage geknüpft, „ob der, welcher mit anderen eine Leistung und damit die Unterlassung der Zuwiderhandlung versprochen hatte, damit nur für die eigene oder auch für die gleiche Unterlassung seiner Mitschuldner einzustehen übernommen hat“. Diese Frage soll durch die l. 5 cit. bejaht werden: inwiefern, ist mir unverständlich.[15]) Überdies ist m. E. der Ausgangspunkt von vornherein unrichtig: Wenn den Römern in der Promission einer Leistung das Versprechen enthalten gewesen wäre, Zuwiderhandlungen zu unterlassen, dann hätten sie, um die Haftung des Schuldners für culpa und mora zu bewirken, nicht erst des Umwegs über die perpetuatio obligationis bedurft.[16]) Die Beschränkung der Haftung auf die eigene mora aber ergibt sich für Hölder daraus, dass der nicht gemahnte

---

[11]) Ribbentrop S. 36.

[12]) Brinz, krit. Bl. IV S. 33.

[13]) Korrealobligation S. 106 f.

[14]) Das Wesen der Korrealobligation, Festschrift f. Scheurl 1884, S. 56 ff.

[15]) Gegen Hölder auch Mitteis, Individ. S. 95.

[16]) Dies auch gegen Karlowa R. R.G. II S. 728 zu N. 5.

Schuldner nicht in mora verfällt, weil „diese Handlung oder Unterlassung, als meine“ (des nicht morosen Schuldners) „eigene Handlung oder Unterlassung keine Verantwortlichkeit für mich begründen würde“. Daher soll die Unterlassung der Erfüllung, welche nur für den gemahnten Schuldner die Wirkung der mora begründet, für den nicht gemahnten diese Wirkung nicht haben. Der Einwand, den Hölder selbst erhebt, um ihn vorsorglich zurückzuweisen,[17]) dass nämlich aus der juristischen Identifizierung die Mahnung des einen zugleich als Mahnung des anderen zu gelten habe, scheint mir vollauf begründet zu sein. Zudem aber ist die Morawirkung im Gegensatz zu der Culpawirkung damit keineswegs erklärt. So wenig der nicht gemahnte Schuldner in Verzug ist, so wenig ist — triviale Wahrheit! — der nicht in culpa befindliche Schuldner in culpa; die Culpa als Obligationsbegründendes und -erhaltendes Moment ist ebenso subjektiv, wie das Interpelliertwerden durch den Gläubiger. Endlich dünkt es mich ein schlechter Ausweg aus diesem Dilemma, dass der Gläubiger, wenn er nur den einen Korreus mahnt, seine Forderung ausdrücklich nur gegen diesen Korreus geltend machen wollte; das ist die Ribbentropsche Begründung im anderen Gewande!

Auch Czyhlarz hat vergebens die Vereinigung der widersprechenden Stellen versucht.[18]) Schon sein Ausgangspunkt, die Verschiedenheit der Culpa und Mora ihrer Wirkung nach, scheint uns verfehlt zu sein. Für ihn hat die Culpa nur einen faktischen Einfluss; der Inhalt der Obligation bleibt nach wie vor das nämliche dare oportere der versprochenen Sache. Die Mora dagegen bewirkt eine Steigerung der Obligation ihrem Inhalt nach, also eine Veränderung des Obligationsinhalts; hieraus soll sich ergeben, dass die Mora, als causa der Steigerung, nur gegen die Person wirken kann, welche sich die Mora zu schulden kommen lässt.

Ich gebe zu, dass die Mora bei bonae fidei obligationes diese modifizierende und steigernde Wirkung hat, muss aber einwenden, dass sie bei Verbalobligationen nichts anderes bewirkte als die Culpa, nämlich die Perpetuierung der Obligation.[19])

l. 58 § 1 D. de fideiuss, 46, 1 Paulus libro XXII

[17]) S. 60.
[18]) Grünhuts Zeitschrift III S. 81 ff.
[19]) Vgl. Brinz, Pand. II § 273 N. 3.

quaest: Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Sticho solvendo et is decessit. —

Ein weiteres Bedenken gegen die herrschende Lehre ist dem Wesen der Korrealität zu entnehmen. Im Gegensatz zu denen, welche in der behaupteten Wirkung der Culpa eine Bestätigung ihrer Korrealitätstheorie sehen, glauben wir, dass die fragliche Wirkung mit dem Wesen der Korrealität unvereinbar und mit keiner Korrealitätstheorie verträglich ist. Es ist an und für sich nicht glaublich, dass von mehreren Korrealschuldnern, von denen keiner etwas anderes als „eundem Stichum dare“ versprochen hat, einer für ein factum einstehen soll, welches nicht ihm, sondern nur seinen Mitschuldnern zugerechnet werden kann. Die gegenseitige Culpahaftung ist gar nicht zu erklären, weder aus der Einheits- noch aus der Mehrheitstheorie; sie ist an sich unmöglich, und insbesondere unmöglich bei dem strengen Rechte der Verbalobligationen. Dieses Argument scheint mir mehr noch, als das aus den widersprechenden Stellen genommene, den Schluss zu fordern: die l. 18 h. t. kann den behaupteten Sinn nicht haben. Und in der That ist die Stelle in textlicher Beziehung nicht untadelig;[20]) der behauptete Rechtssatz ist in ihr auch nicht so klar und bündig ausgesprochen, wie die Anhänger der herrschenden Lehre behaupten. Der Ausdruck „factum“ ist ein so allgemeiner, dass er ebensogut, wie auf die culpa in faciendo, auf irgend ein anderes facere bezogen werden kann.[21]) Man hat, wegen der inneren Undenkbarkeit der gegenseitigen Culpahaftung, denn auch angenommen, dass Pomponius von einem besonderen Falle gehandelt habe, vom Verfall einer Konventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung,[22]) oder von der culposen Vernichtung der geschuldeten Sache durch den einen Korreus, während der andere bereits in Verzug war und infolgedessen auch für Zufall einzustehen hatte,[23]) oder endlich von der Eideszuschiebung an den Gläubiger von seiten eines Korrealschuldners.[24]) Aber mit Recht hat man gegen die erste Annahme eingewendet, dass der Untergang der Hauptobligation auch den der Pönalobligation nach sich zieht, gegen die zweite, dass dies nicht Haftung für

[20]) Vgl. Baron S. 285 f. und dort Citierte.

[21]) Baron S. 287; Kuntze S. 155.

[22]) Wolf, mora S. 189—200; Siebenhaar, Korrealobligation S. 122—124.

[23]) Fritz in Lindes Zeitschrift N. F. XIX S. 83.

[24]) Baron S. 287.

culpa alterius, sondern für die eigene mora wäre;[25]) gegen den dritten Ausweg möchten wir selbst einwenden, dass nicht die Eideszuschiebung, sondern die Eidesleistung die schädigende Wirkung haben müsste, wenn diese überhaupt anzunehmen wäre, sodass eher ein factum des Gläubigers denn des Schuldners in Frage stünde; indessen können wir die Ansicht, dass durch den Eid des Gläubigers das Korrealschuldverhältnis gegen alle Schuldner festgestellt wird, nicht teilen, glauben vielmehr annehmen zu sollen, dass durch die Eidesleistung die nicht belangten Korrei, wie durch Litiskontestation, frei werden.[26])

Man hat auch durch verschiedene Emendationen den angenommenen Sinn aus der Stelle zu entfernen versucht.[27]) Bei aller Anerkennung des hierauf verwendeten Scharfsinns wird man sich jedoch ablehnend gegen dieselben verhalten müssen, da sie der positiven Begründung mehr oder weniger entbehren. Insbesondere gilt dies von Bekkers Konjektur, in l. 18 cit. statt „quoque“ „sociis“ zu lesen;[28]) denn w a r u m der socius für die Culpa des Mitschuldners einstehen soll, ist nicht ersichtlich. Die Analogie des pactum de non petendo passt hier nicht; der correus socius beruft sich auf das pactum des Mitschuldners, damit es diesem selbst zugute komme. Diese Erwägung kommt bei der Kulpahaftung nicht in Betracht. Schon die Nötigung des correus, der ex culpa alterius belangt wird, gegen seinen Mitschuldner Regress zu nehmen, ist eine Benachteiligung, für die wir keinen inneren Grund anzugeben wissen.[29])

Wir glauben auf diese Frage nicht weiter eingehen zu sollen; aber aus den oben dargelegten Gründen glauben wir vor dem Dilemma stehen zu müssen, dass entweder die l. 18 nicht von der Culpahaftung zu verstehen ist, oder, wenn sie sich auf die Culpahaftung bezieht, dies auf eine spätere Umgestaltung der Stelle zurückzuführen ist. Denn immer wieder muss darauf hingewiesen werden, dass die gegenseitige Culpahaftung etwas so Abnormes ist, dass sie ganz unzweideutig nachgewiesen sein müsste, um glaubhaft zu sein. Haftung für fremde Culpa ist Haftung für casus; darüber wird keine Theorie hinauskommen. Auch Hölder nicht. Denn angenommen, dass das Versprechen

---

[25]) Baron a. a. O.

[26]) Vgl. oben § 12.

[27]) Vgl. Fitting S. 81; Baron S. 285 ff.; Kniep, Mora I S. 319.

[28]) Bekker u. Muthers Jahrb. III S. 123 ff.

[29]) Vgl. Baron S. 286.

der Leistung das Versprechen enthielte, Zuwiderhandlungen zu unterlassen: verfällt die Promission, wenn das Versprechen schuldlos nicht eingehalten wird? Liegt überhaupt ein „Zuwiderhandeln“ des haftbar gemachten Schuldners vor? —

Bekker hat gegen die herrschende Lehre die l. 9 § 1 h. t. 45, 2 angeführt:[30])

> Papinianus libro XXVII quaest: Sed si quis in deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio. non idem probandum est, cum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quae in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationi, quae duos initio reos fecit, mutare non potest. quare si socii sint et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum proderit.

Sein Gedankengang ist dabei, dass die Culpa des einen Korrealschuldners infolge der societas zur culpa communis wird, und daraus folgert Bekker, dass seine Konjektur, bei der l. 18 h. t. statt „factis“ „sociis“ zu lesen, sogar ein positives Quellenzeugnis für sich hat. Mit Recht hat aber Baron dagegen eingewendet,[31]) dass diese Erklärung der „culpa communis“ ganz ungewöhnlich ist und der Satz „si communis culpa intercessit“ ganz überflüssig wäre. Wäre die Culpa nur der societas wegen communis, dann wäre sie es immer, wenn eine Sozietät vorläge. Die l. 9 § 1 cit. fasst aber die culpa communis als etwas zu der Sozietät noch Hinzutretendes, nicht als etwas mit ihr Gegebenes auf. Dies ist ein weiteres Argument gegen Bekkers Emendation der l. 18: „ex duobus reis sociis“.

Dagegen ist u. E. folgender Schluss aus der l. 9 § 1 zu ziehen: Wenn das pactum de culpa remissa nur dem correus socius zu statten kommt, und nur für den Fall einer culpa communis, so hat dies folgenden Grund: Culpa communis ist für jeden Korreus eigene culpa; daher fällt sie auch jedem Korreus zur Last. Die culpa communis würde aber dem correus pacisceus nicht wirksam erlassen sein, wenn die actio pro socio des anderen Korrealschuldners das pactum remissorium illusorisch machen könnte. Wenn daher die correi zwar socii sind, aber keine culpa com-

---

[30]) a. a. O. S. 128.

[31]) S. 292.

munis vorliegt, so nützt das pactum remissorium dem anderen Korreus nicht, weil — dies ist m. E. der springende Punkt — diese Culpa des non pacisceus dem Paciscenten nicht schadet; ergo kann der Korreus für culpa alterius nicht einstehen müssen.[32])

Damit haben wir einen weiteren direkten Beleg gegen die herrschende Lehre gefunden.

Wie hiernach aber die l. 18 h. t. zu verstehen ist, ist freilich eine schwierige Frage. Dass „factum" im allgemeinen für mora und culpa gebraucht wird, ist nicht zu bezweifeln;[33]) aber ebenso gewiss ist es auch, dass „factum" schliesslich jede Handlung, insbesondere auch ein rechtsgeschäftliches Handeln bedeuten kann.[34]) Betrachten wir ferner die Worte des l. 18 „alteri quoque nocet", so scheint sie uns ein factum vorauszusetzen, welches sowohl dem einen, wie dem anderen Korreus schadet. Auch das spricht m. E. gegen die herrschende Lehre: die culpa ist kein factum nocens, denn sie bringt keine Veränderung zum Nachteil des schuldhaft Handelnden hervor; er haftet ja nach wie vor für „Stichum dare oportere". Schädigende Handlungen aber, denen eine schädigende Reflexwirkung zukommt, kennt das klassische römische Recht überhaupt nicht. Handlungen des einen Korreus lassen entweder den anderen unberührt, oder sie nützen ihm, wie die sämtlichen in diesem Kapitel behandelten Fälle beweisen.

Wenn man daher nicht die Meinung teilen will, welche m. E. die misslichste von allen ist, dass nämlich unter den römischen Juristen eine Verschiedenheit der Meinung bestanden habe,[35]) so bleibt keine Möglichkeit, als die l. 18 auf den einzigen Fall zu beziehen, in dem nach justinianischem Recht das factum alterius sowohl diesem, wie seinem Mitschuldner Schaden brachte, eine nachteilige Veränderung hervorrief, nämlich auf die von Justinian eingeführte Unterbrechung der Klagenverjährung durch das „factum" des einen Korrealschuldners zum

[32]) Schon Bekker a. a. O. S. 128 ist dieser Auslegung nahegekommen, ohne aus ihr Konsequenzen zu ziehen. Wenn er diesen Weg verlassen hat, so geschah es nur seiner Konjektur zuliebe. Auch Baron hat die Stelle weder gegen Bekker noch gegen die herrschende Lehre verwertet.

[33]) Vgl. l. 91 § 4 D. de V.O. 45, 1; l. 58 § 1 D. de fideiuss. 46, 1.

[34]) Vgl. l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2: excepto eo quod etiam facto eius amittere debitorem potest.

[35]) Kniep, Mora I S. 321 f.; Dernburg, Preuss. Privatr. II § 49 N. 7 (anders Pand. II § 73 zu N. 5).

Nachteil aller anderen. Wir halten demnach die l. 18 für interpoliert; wie sie vor der Kompilation gelautet hat, ist eine Frage, deren Beantwortung ohne besonderes Interesse für uns ist.[36]) —

Mit der obenstehenden Auslegung der l. 9 § 1 sind wir auch im stande, eine andere Meinung zurückzuweisen. Hartmann hat bei Besprechung des I. Entwurfs des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs[37]) getadelt, dass derselbe die gegenseitige Culpahaftung mehrerer Gesamtschuldner nicht aufgenommen hat. Er verweist auf den „Sinn der Korrealitätsabrede", welche, im Gegensatz zur Solidaritätsabrede, darin beruhe, dass einer für alle, alle für einen einzustehen haben, und folgert hieraus die gegenseitige Culpahaftung, weil sonst die Abrede sinnlos wäre. Was das bürgerliche Recht betrifft, so werden wir im II. Teil dieses Buches versuchen, Hartmann zu widerlegen. Für das römische Recht fehlt der Argumentation Hartmanns jede Grundlage, da die Korrealitätsabrede nicht in der von Hartmann bezeichneten Form,[38]) sondern mit beabsichtigter Vermeidung des „Füreinander" erfolgte. Ein weiteres Argument gegen Hartmann besteht darin, dass „der Sinn der Korrealitätsabrede" jedenfalls in den zahlreichen Fällen gesetzlicher Korrealität nicht in Betracht kommen kann.[39]) Und wenn ausserdem Hartmann mit dem Zweck der Korrealobligation operiert: „Ist denn das nicht überhaupt der vernünftige praktische Zweck der passiven Korrealobligation, den Gläubiger sicher zu stellen gegenüber dem Unvermögen oder dem bösen Willen eines einzelnen Schuldners?" so erwidern wir, dass dieses Interesse in seinem rechtlichen Schutz begrenzt wird durch ein anderes, höheres Interesse, das des Schuldners, für casus nicht einstehen zu müssen. Das Interesse des Gläubigers ist die Grundlage für die Solidarhaftung; die Teilhaftung wird ausgeschlossen, damit der Gläubiger sicherer zu seinem Rechte komme; aber dieses Interesse ist hier kein grösseres, als bei der einfachen Obligation, bei der es auch in dem Interesse des Schuldners, nicht für Zufall aufzukommen, seine natürliche und rechtliche Schranke findet. Auch bei der einfachen Obligation braucht nur ein Dritter „die zu leistende

[36]) Auf die Möglichkeit dieser Erklärung hat schon Fitting S. 81 N. 96 hingewiesen.

[37]) Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 73 S. 394 ff.

[38]) Entwurf I § 321 Abs. II.

[39]) Eisele Archiv f. die civ. Praxis Bd. 84 S. 301 zu N. 10.

Sache vorsätzlich zu zerstören, um dem Gläubiger jeglichen Vorteil der Obligation zu entziehen." [40]) Und ein „Dritter" ist im Verhältnis zu der Obligation des einen Korreus der andere nicht minder, wie es gegenüber der einfachen Obligation eines Schuldners irgend ein Nichtschuldner ist.

Auch Eiseles Versuch, die herrschende Lehre mit praktischen Erwägungen zu rechtfertigen, [41]) scheint mir nicht geglückt zu sein. Während Hartmann von dem Zweck der Korrealität, welcher in der Sicherheit des Gläubigers besteht, ausgeht, ist für Eisele der andere Zweck der erleichterten Rechtsverfolgung das massgebende Moment: Regelmässig muss der Gläubiger, der den Schuldner wegen seiner culpa in Anspruch nimmt, das Verschulden beweisen. Die Anwendung dieses Satzes auf die Korrealobligation würde mit dem genannten Zweck im Widerspruch stehen, weil durch die Korrealität dem Gläubiger dieser Nachweis erschwert wird, da der Schuldige ebensogut der eine wie der andere Korrealschuldner sein kann. Die Zumutung dieses Beweises würde an sich etwas Unbilliges sein; denn „sie würde eine Überwachung der Schuldner voraussetzen, die der Gläubiger nicht füglich leisten kann und welche die Schuldner sich auch nicht leicht gefallen lassen würden. Darum hat sich das römische Recht dafür entschieden, dass die fragliche Ermittelung dem Gläubiger nicht aufgebürdet werden solle, dass die correi debendi vielmehr die Schuldfrage unter sich auszumachen haben."

Diese Gründe können m. E. nicht durchschlagen. Zuvörderst muss ich es bezweifeln, dass diese „Ausmachung unter sich" den Korrealschuldnern überhaupt möglich ist. Ist der correus durch die culpa seines Mitschuldners verpflichtet, so erfüllt er, wenn er den Schaden ersetzt, eine eigene Schuld. Von einem Regress gegen den Thäter kann daher keine Rede sein. [42]) Damit verliert die Ansicht Eiseles den Schein der aequitas. Überdies glaube ich, dass schon sein Ausgangspunkt unrichtig ist. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dem Gläubiger der Nachweis, dass den Beklagten eine culpa in faciendo traf, bei der Korrealobligation schwerer fallen sollte als bei der einfachen Obligation. Hier wie dort hat er einen Beklagten, zu dem alle anderen

---

[40]) Hartmann a. a. O. S. 396.

[41]) Archiv f. d. civ. Praxis 84 S. 301 ff.

[42]) Vgl. den folgenden §.

Personen — bei der Korrealobligation auch der zweite Schuldner — als „dritte Personen" im Gegensatz stehen. Hier wie dort ist die Frage, ob das factum ein factum proprium des Beklagten ist, oder nicht, und ich vermag nicht zu verstehen, inwiefern es deshalb dem Gläubiger schwieriger sein soll, nachzuweisen, dass die culpa den Beklagten trifft, weil einer von den ungezählten Dritten, die an seiner Stelle in Frage kommen können, zufällig der Korrealmitschuldner des Beklagten ist. Nur dann würde Eiseles Argumentation einige Berechtigung haben, wenn mit der Korrealobligation notwendig eine thatsächliche Beziehung zum Leistungsgegenstand verbunden wäre, welche die Präsumption rechtfertigen würde: einer von den beiden Korrealschuldnern muss „es" gethan haben. Weil diese nicht vorhanden ist, kann auch von dem behaupteten Rechtssatz nicht die Rede sein. Der Gläubiger braucht den einzelnen Korreus nicht mehr zu überwachen, als er auch bei der einfachen Obligation den Schuldner überwachen muss, um sein Verschulden nachweisen zu können.

Ebensowenig sind wir mit Dernburgs neuerlicher Berufung auf das Zweckmoment[43]) einverstanden. Das von ihm zur Begründung der Hartmannschen Ansicht gewählte Beispiel scheint mir dazu nicht geeignet zu sein. Bei der Promission eines „facere", eines „opus" wird eine culpa in dem Sinne der l. 18 meist gar nicht vorkommen können; bei der l. 18 handelt es sich um „Stichum d a r e oportere"; die Unmöglichkeit, welche angeblich nach der l. 18 durch die culpa bewirkt wird, bezieht sich auf die Leistung der geschuldeten Sache überhaupt oder auf die Leistung in unbeschädigtem Zustande. Dort dagegen kann nur eine culpa in Frage kommen, welche das opus, wie es ist, fehlerhaft macht, aber die Korrei überhaupt nicht befreit, insofern fehlerhafte Erfüllung N i c h t erfüllung ist und die Möglichkeit, das ganze opus fehlerlos zu leisten, durch die culpa nicht beseitigt wird. Es kann ja jeder Korreus von neuem beginnen.

Man hat ferner darauf hingewiesen,[44]) dass der einfache Wortsinn der l. 18 (nämlich die gegenseitige Culpahaftung) von dem Wesen der passiven Korrealität geradezu gefordert werde, weil nur dann, wenn jeder Korreus auch die culpa seiner Mit-

---

[43]) Pandekten II § 73 N. 5. Gegen Dernburgs Folgerung für die mora siehe Eisele a. a. O. S. 300.

[44]) Czyhlarz Grünhuts Zeitschrift III S. 81 f.

schuldner prästiere, die einzelnen Obligationen wirklich den nämlichen Inhalt und die nämliche Intensität hätten. Insofern diese Argumentation auf der unzulässigen Modifizierung des Inhalts der Korrealobligation fusst, kann man einfach auf die l. 9 § 1 D. h. t. verweisen, welche Identität des Gegenstandes im buchstäblichen Sinne nur für die Entstehung, nicht für den Fortbestand der Korrealobligation als wesentlich bezeichnet. Indessen scheint mir Czyhlarz diesen Punkt nicht im Auge zu haben; er kann auch bei der culpa deshalb nicht in Betracht kommen, weil eine Steigerung der Obligation durch die culpa nicht eintritt. Czyhlarz nimmt vielmehr an, die Haftungen der Korrealschuldner seien von vornherein inhaltlich verschieden, wenn jeder Korreus nur für die Leistung und für seine culpa hafte. Ich muss gestehen, dieser Argumentation nicht folgen zu können. Der Gedanke will mir verfehlt scheinen, dass die Haftung aus einem Kontrakte in eine Haftung für die Leistung und eine Haftung für das Verschulden zerlegt werden könne; das wäre nur möglich, wenn letztere ausdrücklicher oder stillschweigender Vertragsbestandteil wäre. Dies anzunehmen wäre jedoch reine Fiktion: die Culpahaftung ist nicht Vertrags- sondern Rechtsfolge. Aber selbst von dem Standpunkt Czyhlarz aus scheint mir seine Argumentation fehlerhaft zu sein: Gegenstand der Obligation ist nicht das Fernbleiben der culpa, sondern Ersatz für die unmögliche Leistung, und insofern ist der Inhalt und Gegenstand der beiden Obligationen zweifellos auch dann identisch, wenn jeder Korreus nur für die eigene culpa haftet. Für Czyhlarz beruht freilich die Identität des Inhalts auf der Identität der causa, und diese glaubt er durch die gegenseitige Culpahaftung gewahrt. Aber das ist nur scheinbar der Fall: in Wirklichkeit wäre die causa der Obligationen bei gegenseitiger Culpahaftung gerade deshalb verschieden, weil die causa für den einen Korreus die eigene, für den anderen die fremde Culpa wäre; der eine würde für culpa, der andere für casus haften. Identität der causa könnte daher nur bei gemeinsamer culpa vorliegen.[45])

Infolgedessen ist im wesentlichen die Ansicht Ungers begründet, dass von einer Haftung des Korreus ex facto alieno ohne eigenes Verschulden nicht die Rede sein kann.[46]) Nur

---

[45]) Natürlich nur vom Czylarzschen Standpunkt aus. Für uns ist die culpa überhaupt nicht causa.

[46]) Iherings Jahrb. XXII S. 247 ff.

möchten wir bestreiten, dass sich dies aus der l. 18 h. t. ergebe; denn insoweit die culpa communis ist, ist sie eigene culpa, eigenes factum, ist die Haftung wegen Verschuldens nicht Haftung „ex facto alieno". So verhält es sich auch mit den Beispielen, die Unger für seine Meinung beibringt: Wenn auch das periculum commune ist, so ist doch nicht jede culpa communis; mit dem einen Kommodatar haftet der andere, nicht weil,[47]) sondern wenn auch ihn ein Verschulden trifft, was zwar meist, aber nicht „stets" der Fall sein wird. Die Haftung für culpa communis ist selbstverständlich, aber l. 18 ist nicht auf dieselbe zu beziehen.[48])

Zu unserem negativen Ergebnis hat uns nicht ein a priori aufgestellter Begriff, sondern die Betrachtung der positiven Rechtssätze geführt. Wie misslich die Behandlungsweise ist, die

---

[47]) eod. S. 250.

[48]) Vollkommen auf dem Standpunkt Ribbentrops steht Wolf, mora S. 189 ff. Die herrschende Lehre wird noch vertreten von Ryck, Schuldverhältnisse S. 77 ff. Die gegenseitige Culpahaftung beruht für ihn „auf der Idee der Korrealität", welche im wesentlichen auch wieder auf Ribbentrop hinausläuft. „Das Prinzip der par causa setzt offenbar die gegenseitige Vertretungspflicht voraus". So wenig wir hierin eine Erklärung, ja selbst nur das Erkennen der eigentlichen Schwierigkeit finden können, so wenig scheint uns damit gedient, wenn S. 78 eod. die subjektive Wirkung der mora damit erklärt wird, dass „die Vertretung der mora ebensowenig, wie die Gleichheit der Erfüllungszeit, ein wesentliches Identitätsmoment des Obligationsinhaltes bildet." Es handelt sich nicht darum, warum mit dem einen Schuldner der andere nicht in Verzug kommt, sondern warum dem einen Schuldner die mora des anderen nicht schadet. — Leonhard, Irrtum S. 525 N. 1 will die l. 18 cit. „sehr leicht" erklären aus dem Grundsatz, dass der Gläubiger das an ihn gerichtete Versprechen in dem Sinne gelten lassen kann, in welchem er es auffassen durfte. Das zweifelhafte „factum alterius" knüpft Leonhard an die Worte „ex duobus reis factis" an: „Hier an ein anderes factum zu denken, als an dasjenige, wovon allein in der Stelle die Rede ist, ist ein unerlaubtes Wagnis." Die Stelle spricht daher von dem „reum fieri", und soll daher nichts weiter besagen, als: „die genaue Verpflichtungserklärung des einen Promittenten schadet dem anderen, der sich ungenau ausgedrückt hat"; m. a. W. die Erklärung des einen bildet ein Interpretationsmittel für die Erklärung des anderen. So gerne wir den Satz an sich acceptieren, so sehr müssen wir es als unmöglich bezeichnen, dass dieser Satz in der l. 18 ausgesprochen sei. Das factum, welches jemand zum reus promittendi macht, ist ein Faktum des Stipulanten, nicht des Promittenten (aliquem reum facere); dass das „alterius" in der Stelle aber als subjektiver, nicht als objektiver Genetiv verstanden werden muss, wird man nicht wohl bestreiten können. Ausserdem will das „nocere" zu einem factum, welches nicht Verfügungs- sondern Erklärungshandlung ist, schlecht passen. —

Ribbentrop und andere, von der Einheit die Korrealobligationen ausgehend, dem Gegenstand haben angedeihen lassen, lässt Waldner[49]) ersehen, dem in Bezug auf unsere Frage seine „Füreinandertheorie" die grössten Schwierigkeiten bereitet. „Korrei schulden ihr Ganzes mit und für einander; ihr Haften ist also Teilhaften, nicht Ganzhaften." Die Konsequenz ist nach Waldner, dass die Korrei zum Teil für ihr Verschulden gegenseitig einzustehen haben, ein Resultat, gegen welches sich, wie Waldner selbst gesteht, das gesunde Gefühl auflehnt. Wenn hierin Waldner unserer Zustimmung sicher ist, so scheint uns anderseits seine Behauptung, dass die Negation der gegenseitigen Culpahaftung der Füreinanderhaftung keinen Abbruch thue, eben nur eine Behauptung zu sein. Nimmt man an, dass der Korreus nur zum Teil für sich, zum anderen Teil aber, wie Waldner sich selbst ausdrückt, „alieno nomine" obligiert sei, so kann ich nicht einsehen, worin der Wesensunterschied zwischen paritätischer Korrealität und Bürgschaft zu suchen ist, wenn wir von dem Quantum der Füreinanderhaftung absehen. Wir vermögen aber auch bei der Bürgschaftshaftung keine andere Bedingung als vorhanden zu erkennen, als die condicio iuris, dass die Obligation nicht vom Hauptschuldner getilgt sei, und müssen daher der Waldnerschen Antithese, bürgschaftliche Intervention sei unbeschränkte, aber bedingte, korreale Intervention sei unbedingte, aber beschränkte Intervention, jede Berechtigung absprechen. Wenn der Bürge für die culpa des Hauptschuldners haftet, der Hauptschuldner für die des Bürgen nicht, so ist das notwendige Ergebnis für Waldner, dass der Korreus zu dem Teil durch die culpa alterius verpflichtet wird, zu dem er alieno nomine obligiert ist. Das Ergebnis richtet die Theorie.

§ 18.

XI. Regress.

Nach der herrschenden Lehre sind weder Korreal- noch Solidarschuldner unter sich ohne weitere Voraussetzung regressberechtigt. Indessen ist dies von jeher sehr bestritten gewesen und da man auch diese Frage aus dem angeblichen prinzipiellen Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität entscheiden

---

[49]) Waldner S. 39 ff.

wollte, sind wir genötigt, auch auf die Regressfrage einzugehen. Hat ja doch schon Schröter, welcher dem leistenden Korreus die actio negotiorum gestorum als Regressklage aus so zutreffenden Gründen verweigerte,[1]) die verschiedene Stellung, welche die Quellen bei mehreren Vormündern und Magistraten einerseits, mehreren rei promittendi anderseits einnehmen, auf die Ribbentropsche Zweiteilung zurückzuführen versucht, indem er ausführte, dass die befreiende Wirkung der Erfüllung bei den nur solidarischen Obligationen einen „ganz anderen Charakter habe als bei den Korrealobligationen: unter mehreren Korrealschuldnern bestehe nur eine Obligation, deren Objekt jeder Korreus in jedem Betracht selbst schuldig sei. Durch die Entrichtung desselben hebe er daher nur diese eine Obligation auf, deren ganz selbständiges Subjekt er sei. Dass die übrigen dadurch ebenfalls befreit werden, sei eine zufällige Folge des Umstandes, dass sie ebenfalls Subjekte jener einen Obligation gewesen seien. Daher handle der leistende Korreus ganz in eigener Sache. Der bloss solidarisch Verpflichtete dagegen hebe mit der eigenen zugleich die selbständigen Obligationen der übrigen Schuldner auf, handle also „zugleich in einer selbständigen fremden Angelegenheit", und erwerbe sich dadurch die actio negotiorum gestorum.

Es genügt, gegen Schröter darauf hinzuweisen, dass die actio negotiorum gestorum in der Regel ein nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv fremdes Geschäft voraussetzt, dass ferner in einer Reihe der von Ribbentrop unter die bloss solidarischen Obligationen eingereihten Fälle der Regress ausdrücklich versagt wird,[2]) und dass endlich, was freilich erst gezeigt werden wird,[3]) die Tutoren, bei welchen der Regress anerkannt ist, nach den von der herrschenden Lehre aufgestellten Kriterien Korrealschuldner sind.

Einen anderen Weg hat Savigny eingeschlagen, der in Bezug auf die äussere Anordnung unbeschränkten Beifall verdient.[4]) Davon ausgehend, dass die geteilte Schuld die Regel, die Solidarobligation willkürliche Ausnahme sei,[5]) nimmt Savigny an, dass

---

[1]) Lindes Zeitschrift f. Civilr. und Prozess VI S. 431 f.

[2]) l. 29 (30) D. de neg. gest. 3, 5; l. 1 §§ 13, 14 D. tutelae 27, 3; Vangerow III § 573 Anm. 3 Z. 4 S. 73.

[3]) Kap. IV.

[4]) Obligationenrecht I S. 226 ff.

[5]) S. 228.

es wünschenswert sei, die Teilung in ihren Folgen wieder herzustellen, soweit es geschehen könne, ohne das Wesen der Korrealität zu gefährden. So gelangt Savigny zur Annahme eines allgemeinen Regresses gerade bei den Korrealobligationen. Abgesehen von der actio pro socio, welche mit der Korrealität nur zufällig verbunden ist, und der actio mandati, welche von der problematischen Füreinanderhaftung abhängt, stellt Savigny als Regressklage die actio negotiorum gestorum auf, deren „Biegsamkeit" er der Argumentation Schröters entgegenhält. Nach Savigny darf der Akt der Zahlung von seiten eines Korrealschuldners nicht vereinzelt betrachtet werden, „da sie nur die Folge des früher eingegangenen Rechtsgeschäftes ist und mit diesem ein unzertrennliches Ganzes bildet". Wie die Obligation teils im eigenen, teils im fremden Interesse übernommen wurde, so ist auch die Zahlung kein ausschliesslich eigenes Geschäft. Indessen soll diese Erwägung eher zur actio mandati, als zur actio neg. gest. führen, da das Geschäft nicht ohne Mitwissen des anderen, sondern durch das bewusste Zusammenwirken aller Beteiligten zu stande gebracht wurde.[6])

Unseres Erachtens ist auch diese Argumentation verfehlt. Das ergibt sich aus der Erwägung, dass es ein anderes ist, eine Schuld im fremden Interesse eingehen, und eine in diesem Interesse eingegangene Schuld tilgen. Man wird demgegenüber vielleicht auf l. 10 pr. § 10 D. de in rem verso 15, 3 verweisen und behaupten, dass immer dann, wenn die Übernahme einer Obligation im fremden Interesse erfolgt, die Erfüllung der Obligation unter den Gesichtspunkt der negotiorum gestio falle; aber nicht unter dieser Voraussetzung ist dies richtig, sondern vielmehr unter der anderen, dass die Eingehung der Verpflichtung schon negotiorum gestio war;[7]) dies kann bei der Korrealität zweifellos der Fall sein, muss es aber nicht, da nicht allein das Interesse, sondern auch der animus obligandi den Thatbestand der neg. gestio erfüllt. Ist dies aber nicht der Fall, ist der Korreus nicht schon als Schuldner gestor, dann ist er es auch nicht als Zahler, und es lassen sich auf ihn die Worte des Labeo anwenden „suum potius quam meum negotium eum gessisse."[8]) Die Fälle, in denen die actio negotiorum gestorum ihre Biegsamkeit zeigt, sind zudem ganz anders

[6]) S. 238 f.

[7]) Vgl. darüber Kohler Iherings Jahrb. XXV S. 119.

[8]) l. 5 § 5 D. de neg. gest. 3, 5.

gelagert: immer muss ein besonderer Thatbestand gegeben sein, der ja auch bei der Korrealität möglich, aber nicht notwendig ist. Die actio neg. gest. setzt eine rechtliche Beziehung unter den Korrealschuldnern voraus; die Korrealität an sich ist die Negation einer solchen. Auch mit der Annahme eines Mandats gelangt man auf das Gebiet der Fiktion hinüber.[9]) Dass ferner der Gläubiger dem einen Korrealschuldner die Klage gegen den anderen cedieren kann,[10]) ist gewiss; nur möchten wir Savigny bestreiten, dass hier ein „Mittel wahrer späterer Ausgleichung" gefunden werden könne. Verkauft der Gläubiger dem Korreus seine Klage, so erwirbt sie dieser ganz; und der Regress gegen den Mitschuldner, den er auf den ganzen Schuldbetrag — mangels irgend eines Innenverhältnisses — zu nehmen berechtigt ist, lässt die hier gestellte Frage vollkommen unbeantwortet: „Wie erlangt der belangte Korreus die Wiederherstellung der natürlichen Teilhaftung?" So will uns aber auch die actio pro socio, die Savigny als Regressklage anerkennt, gerade vom Standpunkt Savignys aus am wenigsten als Regressklage erscheinen: insofern den Massstab, nach welchem die Gesellschaftsklage begründet ist, keineswegs die „natürliche Regel der Teilung" der einzelnen Obligation, sondern etwas vollkommen Heterogenes, die allgemeine Bilanz der societas, bildet, so dass der Regress bei solidarischer Haftung bald grösser, bald kleiner, ja selbst ausgeschlossen sein kann, während anderseits ein Regress auch bei geteilter Haftung der Gesellschafter denkbar ist.

Diese Betrachtung erweckt zugleich Bedenken gegen den weiteren Satz Savignys,[11]) dass jeder Korrealschuldner, dem die Zahlung zugemutet werde, dies so lange verweigern könne, bis ihm der Gläubiger die Klage gegen den Mitschuldner cediert habe. Savigny erkennt selbst ganz richtig, dass die exceptio doli, in welcher er das Mittel, die Cession zu erzwingen, erblickt, einen „an sich begründeten Anspruch" auf Cession der Klage voraussetzt; er erblickt aber mit Unrecht die Begründung dieses Anspruchs in der Unnatur der Solidarhaftung. Die Unbilligkeit eines Verhältnisses zwischen zwei Personen kann doch nur unter diesen selbst, nicht gegenüber dritten Personen, zu Ausgleichungsmitteln, zu erzwingbaren Ansprüchen, führen! Fehlt es aber an

[9]) Gegen Savigny s. auch Vangerow § 573 Anm. 3 Z. 1; Habicht, rechtl. Erörter. I S. 4 ff.

[10]) Savigny S. 239.

[11]) S. 241.

der Voraussetzung für die Erzwingung der Cession, so ist die fingierte Cession[12]) erst recht zurückzuweisen.[13])

Savignys Auffassung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die Quellen sie bestätigen würden. Dass dies nicht der Fall ist, ist jedoch längst nachgewiesen.[14])

---

[12]) Savigny S. 243 f.

[13]) Gegen Savigny vgl. Vangerow III § 573 Anm. 3 S. 74 ff.

[14]) Dass die l. 65 D. de evict. 21, 2, auf welche sich Savigny beruft, nicht auf eine Korrealobligation bezogen werden kann, weil nicht einmal ein Fall solidarer Haftung in Frage steht, hat Vangerow a. a. O. gezeigt. Die Stelle handelt von einer Teilobligation (evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt); trotz der „indivisa pignoris causa" haften beide Schuldner nur pro parte; nur bewirkt die Ungeteiltheit des Pfandrechts, dass das Pfand ganz evinziert wird und infolgedessen die Promission auch des Verkäufers verfällt, der „pro parte sua pignus liberasset." Die Frage, die sich hieran schliesst, ist, ob der Promittent, welcher pro parte sua (seiner Erbschaftsschuld) den Pfandgläubiger befriedigt hat und dann doch vom Käufer wegen der Eviktion in Anspruch genommen wird, mit der exceptio doli die Cession der Klagen gegen seine Mitschuldner erlangen kann. Papinian verneint dies, weil sie nicht duo rei seien, d. h. weil nicht einmal eine solidarische Verpflichtung vorliege. Das argumentum e contrario Savignys, dass wenn sie duo rei wären, der Regress zustehen würde, ist unbegründet; Solidarität wäre nur eine der Regressvoraussetzungen, nicht die einzige. Mit Recht wird daher von Papinian wegen Fehlens dieser Voraussetzung der zahlende Schuldner auf das iudicium familiae erciscundae verwiesen, womit er nicht etwa Ersatz des dem Pfandgläubiger Bezahlten, sondern der bezahlten Eviktionspön erlangt, weil sie durch die negligentia seiner Miterben und Mitschuldner mit verfallen ist. — Ebenso ist die l. 47 D. loc. 19, 2 zwar ein Beleg für die Möglichkeit, nicht aber auch für die Notwendigkeit des Regresses (so auch l. 13 C. de locato 4, 65). Sehr bestimmt scheint dagegen die l. 1 (2) C. h. t. 8, 39 von Diokletian und Maximian a° 287 den Regress bei duo rei anzuerkennen: Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi eiusdem pecuniae, a quo velit. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae iuvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur, und diese Annahme erfährt eine Bestärkung durch den Text der Basiliken (lib. XXVI Tit. 3, IV. Heimbach III S. 109): *ὁ δανειστης ἄδειαν ἔχει κατὰ τοῦ ἑνὸς τῶν δύο ἐναγομένων καὶ ἐπερωτώντων* (leg: *ἐπερωτωμένων*) *κινεῖν. καὶ λοιπὸν εἰ τὸ πᾶν χρέος λάβῃ, βοηθεῖται ὁ χρεώστης περὶ τοῦ ἡμίσεως μέρους ἕνεκεν τοῦ συνυπευθύνου.* Savigny hat denn auch die Stelle als Beleg für seine Ansicht, dass der Regress bei der Korrealität durch eine fingierte Cession verwirklicht werde, zu verwerten gesucht, und es ist ihm jedenfalls darin zuzustimmen, dass das Wort „communiter" nicht auf eine societas im Rechtssein bezogen werden muss. (Anders Habicht, Erörterungen I S. 40—65; Vangerow III S. 72). Immerhin kann die Stelle auf den besonderen Fall bezogen werden, dass sich zwei Darlehensschuldner korreal zur Rückzahlung des Empfangenen verpflichtet haben. Vangerow a. a. O. und Windscheid II § 294 N. 3 schliesen daraus,

Infolgedessen ist jedenfalls für das klassische Recht die Ansicht Savignys abzulehnen. Dagegen scheint es mir mindestens einer Erörterung wert zu sein, ob das Gleiche für das Justinianische Recht behauptet werden kann.

Betrachten wir die einzelnen Stellen, welche einen Regress bei solidarischen Obligationen anerkennen — über duo rei promittendi besitzen wir keine solchen —, so ergibt sich, dass jedenfalls das von Windscheid hervorgehobene Moment des gegenseitigen Vorteils als Grundlage für den Regress nicht im allgemeinen zutrifft. Denn wie sollte es sich bei der Solidarobligation der Tutoren und Magistrate um den „gegenseitigen Vorteil" handeln? Dagegen scheint es uns möglich zu sein, dass der Regress auf eine neue, der römischen Auffassung widersprechende Konstruktion der Solidarobligation überhaupt gegründet werden konnte.

Regressberechtigt ist nach den Quellen der Vormund, der „ex facto alterius tutoris" oder „ex communi gestu" auf das Ganze belangt worden ist,[15]) sofern den Obligationsgrund nicht gemeinsamer dolus bildet.[16]) Nehmen wir diesen Fall zum Ausgangspunkt für unsere Erörterung!

Dass die für uns hauptsächlich in Betracht kommende Stelle [17]) interpoliert ist, hat schon Eisele [18]) bemerkt: ich glaube ihm hierin sowie in der anderen Hinsicht zustimmen zu sollen, dass das beneficium divisionis erst durch die Kompilatoren den Vormündern gewährt wurde. Dies ergibt sich mir aus folgender

---

dass ein Regress dann begründet sei, „wenn der Vorteil der eingegangenen Mitschuld allen Schuldnern zu gute gekommen sei". Sehr entschieden spricht gegen den Regress die l. 62 D. ad leg. Falc. 35, 2 (Vangerow a. a. O. S. 73; Windscheid II § 294 N. 3), sowie l. 34 pr. D. de recept. 4, 8; l. 10 § 10 D. de in rem v. 15, 3; l. 29 D. de lib. leg. 34, 3, ferner Stellen, welche von der Wirkung des pactum de non petendo auf Korrealschuldner handeln (oben § 10), endlich § 4 J. de fid. 3, 20; l. 39; l. 71 D. eod. 46, 1; l. 11 pr. C. eod. 8, 40. Vgl. Fitting S. 40 N. 11, S. 103 N. 129; Samhaber S. 195; Kohler Iherings Jahrb. XXV S. 120.

[15]) l. 1 § 13 D. de tut. 27, 3; l. 18; l. 21 eod.; l. 2 C. de div. tut. 5, 52; l. 2 C. de contr. iud. tut. 5, 58; l. 6 C. arb. tut. 5, 51; ll. 42, 45 D. de admin. et. peric. tut. 26, 7; l. 12 D. rem pupilli 46, 6.

[16]) l. 1 § 14 D. de tut. 27, 3.

[17]) l. 1 § 13 D. de tut. 27, 3: Ulpianus libro XXXVI ad ed.: Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et divo patre eius utilem actionem tutori adversus contutorem dandam.

[18]) Archiv f. d. civ. Praxis 77 S. 457 N. 75.

Betrachtung. Nachdem Ulpian im § 10 der l. 1 cit. die Frage aufgeworfen hat, „pro qua quisque parte conveniendus sit", gibt § 11 die Antwort, dass den Tutoren das beneficium divisionis zustehe, wenn alle geriert haben und zahlungsfähig sind. Nun ist dabei weniger die Frage auffällig, als die Art, in der sie beantwortet wird. Nachdem das beneficium divisionis mit der aequitas begründet wurde, noch die Phrase: „Sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri"! Auf das Vorhergehende **kann** sich das gar **nicht** beziehen, weil dort, wenn die Tutoren solvent sind, Teilung angenommen wird; das „sed prout" gibt ein Mass der Haftung an, welches mit der Teilung in Widerspruch steht. Man wird m. E. nicht fehlgehen, wenn man nur diese Phrase dem Ulpian zuschreibt, den § 11 und den ersten Teil des § 12 dagegen den Kompilatoren und in den Worten „sed prout" rel. die Antwort auf die gestellte Frage erblickt: „pro qua parte?" „prout solvendo est", i. e. in solidum.[18a])

Anderseits steht fest, dass die actio utilis den Tutoren spätestens von Caracalla gegeben wurde, und hiernach scheint ganz zweifellos zu sein, dass der Regress auf das beneficium divisionis nicht zurückgeführt werden kann, da er älter ist als dieses. Indessen ist diese Folgerung nicht zwingend; es ist möglich und nach der Gestalt der l. 1 § 13 sogar wahrscheinlich, dass die Konstitution des Caracalla sich nur auf den Fall bezog, da der Tutor „ex facto alterius" haftete; Septimius Severus wird dann das beneficium cedendarum actionum gewährt haben, während die Worte „vel communi gestu" als Einschiebsel des Tribonian zu betrachten sind.[19])

[18a]) Anders Eisele a. a. O., der auch das „sed prout" etc. für Emblem erklärt. Mit unserer Erklärung stimmt auch der § 14 der l. 1 vorzüglich überein, insofern derselbe eine Verurteilung in solidum voraussetzt; immerhin konnten die Kompilatoren ihn unverändert lassen, weil der Beklagte von dem ben. div. keinen Gebrauch machen muss: „non ipso iure dividitur obligatio". l. 26 D. de fideiuss. 46, 1.

[19]) Eisele zieht noch l. 38 D. de admin. et per. 26, 7 u. l. 3 C. de div. tut. 5, 52 heran, ebenso die l. 45 D. de adm. 26, 7; l. 11 pr. D. ad mun. 50, 1; l. 60 § 2 D. mand. 17, 1. Jedenfalls bildet die l. 47 D. locati 19, 2 einen guten Beleg dafür, dass das benef. divisionis dem Regress nicht widerspricht, sondern den Regressgedanken geradezu nahelegt: Ist die Teilung der Obligation mehrerer Konduktoren oder Verkäufer, die sich korreal verpflichtet haben, erst — wie auch Eisele annimmt — durch die Kompilatoren eingeführt, so wird auch die Gewährung des Regresses in l. 47 auf sie zurückgeführt werden müssen.



Indessen soll diese Möglichkeit dahingestellt bleiben, da es mit unserer Ansicht sehr wohl verträglich ist, dass sich ursprünglich das beneficium divisionis aus dem Regress, nicht umgekehrt dieser aus jenem entwickelt hat. Uns genügt es, darzuthun, dass in der That im römischen Recht ein organischer Zusammenhang zwischen beiden Rechtsmitteln bestand.

Darauf scheint mir auch die Entwickelung des beneficium divisionis bei der Bürgschaft hinzuweisen. Zwar hat das beneficium divisionis der fideiussores nie zur Gewährung einer Regressklage geführt;[20]) aber es ist denkbar, dass in dieser Beziehung eine unvollständige Entwickelung vorliegt. Dagegen kann man sich bei Betrachtung von Gai III 121 ff., wo von mehreren Sponsoren und Fideipromissoren gehandelt wird, kaum des Eindrucks erwehren, dass Teilung und Regress in einem gewissen Zusammenhang stunden. Nach der lex Furia wurde die ursprünglich solidarische Haftung der Bürgen geteilt, nachdem schon die lex Appuleia dem Schuldner, der solidum geleistet, den Rückgriff gegen die Mitbürgen gewährt hatte: „lex Appuleia quandam societatem introduxit". Die lex Furia war die konsequente Fortbildung der lex Appuleia,[21]) daher die Frage entstand, ob nach der ersteren die letztere noch Geltung besitze.[22]) Die Entwickelung scheint sich nach Karlowas einleuchtenden Ausführungen in der Weise vollzogen zu haben, dass die lex Furia ursprünglich dem Bürgen nur eine Rückforderungsklage gab;[23]) gegenüber dieser schien die Regressklage des Bürgen gegen seine Mitbürgen veraltet. Erst als die Rückforderungsklage abkam, griff man auf den Regress der lex Appuleia zurück, und legte gleichzeitig die lex Furia so aus, dass der Bürge nur auf einen Kopfteil verpflichtet sei.[24]) Gaius verneint allerdings die Frage, ob neben der lex Furia die lex Appuleia fortgegolten habe; dass aber neben der Teilhaftung auch der Regress galt, scheint sich mir aus Gai III 122 i. f. zu ergeben: ad fideiussores autem lex Appuleia non pertinet. itaque si creditor ab uno totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit.

Ganz ebenso scheint mir die Entwickelung bei der Solidarhaftung der Tutoren sich vollzogen zu haben: Nach Caracalla

[20]) § 4 J. de fid. 3, 20; l. 39 D. eod. 46, 1; Gai IV 122.
[21]) Karlowa II S. 733 gegen Lenel, edictum S. 168. Gai III 122.
[22]) Gai a. a. O.: „valde quaerebatur". Darüber Karlowa II S. 734.
[23]) Vgl. Gai IV 22.
[24]) Karlowa a. a. O. S. 735.

hat der subsidiär haftende Tutor den Regress gegen den Tutor gerens; nach Justinian auch der mit dem beneficium divisionis ausgerüstete gerens gegen seinen Mitvormund; beide deshalb, weil ihre Solidarhaftung durch das beneficium excussionis und divisionis eine Veränderung erlitten hat: leisten sie das Ganze, so haben sie zwar eine eigene Schuld getilgt, sodass ihnen die condictio indebiti versagt ist,[25]) aber sie sind, der eine wegen seiner subsidiären Haftung, der andere wegen der Teilhaftung, in ein Rechtsverhältnis zum Mitschuldner getreten, wie dies Gaius mit den Worten ausdrückt, „lex Appuleia quandam societatem introduxit". An sich ist dem römischen Recht der Gedanke, dass nach aussen Solidarhaftung, nach innen Teilhaftung vorliege, vollkommen fremd; „nach innen" haben die römischen Juristen die Korrealität überhaupt nicht konstruiert. Daher die Verneinung des Regresses, die nur darin ihren Grund hat, dass der Zahlende Schuldner, und zwar Solidarschuldner war. Mit dem beneficium excussionis und divisionis dagegen ist die Vorstellung näher gerückt, dass nur formell eine Verpflichtung des einzelnen Schuldners auf das Ganze vorliege, dass „eigentlich" der Schuldner nur einen Teil zu leisten habe.

Damit mag dann freilich auch der weitere Gedanke angebahnt worden sein, dass eine Korrealität, die zum Teil nur im eigenen, zum Teil aber auch im Interesse des Mitschuldners abgeschlossen wurde, eine Ausgleichung der Leistung nach dem Interesse, d. h. einen Regress verlange. Dahin gehört vor allem die l. 1 C. h. t. 8, 39; es mag aber auch dieser Gesichtspunkt bei den Fällen der l. 47 locati cit. und l. 13 C. de loc. 4, 65 mit in Betracht gekommen sein, umsomehr, als in Ansehung des Leistungsgegenstandes unter den Schuldnern eine Art von Gemeinschaft, eine „quaedam societas" bestand.[26]) Dieser Gesichtspunkt kann endlich auch dazu geführt haben, dem mit der actio de effusis et deiectis Belangten den Regress gegen seine Mitbewohner einzuräumen;[27]) es kann

[25]) arg. l. 26 D. de fid. 46, 1.

[26]) Womit natürlich nicht gesagt sein soll, dass gemeinsamer Besitz oder gemeinsame Schuld eine Rechtsgemeinschaft im technischen Sinn begründe (vgl. Windscheid II § 449 N. 1 u. 11a). Dass keine solche Communio vorliegt, lassen die Quellen deutlich genug ersehen, indem sie nicht etwa die actio communi dividundo gewähren, sondern eine „utilis actio", mag diese nun die Forderungsklage des Gläubigers oder eine utilis a° negotiorum gestorum sein. Vgl. darüber Savigny I S. 254 ff.; Mühlenbruch, Cession der Forderungen S. 474 f.; Schmid, Grundlehren der Cession I S. 359 ff.; Windscheid II § 444 N. 16.

[27]) l. 4 D. de effusis 9, 3.

dies indessen dahingestellt bleiben, da es nicht ausgeschlossen ist, dass dieser Regress auf einem allgemeinen, für das Justinianische Recht anzunehmenden Satz beruht und auf die Kompilatoren zurückzuführen ist.[28])

Betrachten wir die Stellen, welche einen Regress gewähren, im Zusammenhang, so finden wir, dass, von der lex Appuleia abgesehen, die noch der republikanischen Zeit angehörte,[29]) einer Periode, in der die Juristen den Korrealitätsbegriff kaum schon in der Schärfe entwickelt hatten, wie dies in der klassischen Zeit der Fall war, kein einziger Fall des Regresses paritätischer Korrealschuldner der klassischen Zeit mit Sicherheit angehörte. Die l. 1 C. h. t. fällt in die Zeit Diokletians, also in das 4. Jahrhundert: die übrigen Fälle gehören der Justinianischen Kompilation wenigstens sehr wahrscheinlich an. Für das klassische Recht ist der Regress deshalb abzulehnen; umsomehr möchten wir behaupten, dass er für das justinianische Recht anzunehmen sei. Wir werden darauf im folgenden Paragraph näher eingehen, da wir, um die nötige Grundlage für die Beantwortung dieser Frage zu gewinnen, die Tragweite der Nov. 99 feststellen müssen. —

Während die herrschende Lehre den Regress bei Solidar- und Korrealobligationen mit Recht im allgemeinen verneint, wird in neuerer Zeit häufig das Gegenteil bezüglich der unteilbaren Obligationen behauptet.[30]) Unseres Erachtens ist dies jedoch unrichtig.

Dass dann, wenn die Solidarität auf Erbgang beruht, bei den unteilbaren Obligationen eine Regressklage zusteht, ist angesichts der Quellen nicht zu bestreiten.[31]) Über die andere Frage, ob dies auch bei ursprünglicher Mehrheit der Schuldner der Fall ist, geben die Quellen keinen Aufschluss. Es sind denn auch nur allgemeine Erwägungen, welche zu der irrtümlichen Annahme des Regresses in diesem Falle geführt haben.

Warum den Erben des Schuldners, dessen Obligation nicht geteilt werden kann, der Regress zusteht, ist leicht ersichtlich:

---

[28]) Da die l. 4 cit. in ihrem ersten Teil interpoliert ist (s. Kap. IV), ist es möglich, dass auch der Regress den Kompilatoren zuzuschreiben ist.

[29]) Vgl. Karlowa II S. 735 N. 1.

[30]) Vgl. Brinkmann, Verhältnis der a° neg. gestorum und der a° communi dividundo S. 108, 142 ff.; Ubbelohde, unteilbare Obl. S. 261, 270—274; Windscheid II § 299 zu N. 3; Brinz II § 233 zu N. 18 (vgl. freilich § 236 N. 36).

[31]) S. vorige Note.

Nicht etwa deshalb, weil, was Ribbentrop annimmt, und was auch der hier zu widerlegenden Auffassung zu Grunde liegt, nur eine formelle Solidarität vorhanden wäre; denn dass die Solidarität mehrerer Schuldner einer unteilbaren Leistung wirkliche materielle Solidarität ist, glauben wir oben schon nachgewiesen zu haben;[32]) sondern weil die Schuldner Miterben sind. Der Regress beruht nicht auf der Solidarität wegen Unteilbarkeit, sondern auf einer dem Schuldverhältnisse ganz fremden causa, nämlich der Berufung der Erben zur Erbschaft nach Quoten. Der leistende Schuldner erhält den Rückgriff, nicht weil er solidum geleistet hat, ohne solidum zu schulden, sondern weil er durch die Leistung den Betrag seiner eigenen Erbschaftsquote verringert und gleichzeitig — infolge der Befreiung der Miterben durch seine Leistung — die Erbschaftsquote seiner Miterben erhöht.

> l. 25 § 10 D. fam. ercisc. 10, 2 Paulus libro XXIII ad edictum: Contra si prommissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio nec dubium est quin duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet. Igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur.

Die Stelle beweist zunächst, dass eine wirkliche Solidarobligation vorliegt, dass die Erben nicht „an sich" pro parta haften.[33]) Anderseits wird der Regress gewährt „quia singuli in solidum tenentur", nicht obwohl Solidarität vorliegt. Nur eine konzessive Konjunktion könnte auf die nur formell solidarische, materiell geteilte Obligation hinweisen. Dass gerade die solidarische Haftung als Grund des Regresses angegeben wird, beweist, dass der Gegensatz von Aussen- und Innenverhältnis dem Juristen nicht vorgeschwebt haben kann. In Frage steht nicht die Ausgleichung der Obligation, sondern der Erbschaft; die Erbschaft war gleich, solange alle Erben in solidum hafteten; durch die Leistung von seiten des einen Erben wird das iudicium familiae erciscundae neu begründet. Dass diese Auffassung die der römischen Juristen war, dürfte auch aus einer anderen Erwägung hervorgehen. Es ist möglich, dass die l. 25 § 10 auf Grund der

[32]) Kap. III § 4.

[33]) Wie Baron S. 216 f. annehmen will, wobei wir zugeben, dass sich die Worte „nec dubium est quin" etc. auf die in l. 2 § 2 V.O. erwähnte Streitfrage beziehen.

l. 28 C. de fideiuss. interpoliert ist. Dies scheint sich mir aus der gewöhnlichen Phrase „si conventus praestiterit" zu ergeben, wozu kommt, dass das „id" im Nachsatz ein schlechter Anschluss an die vorhergenannte „Litis aestimatio" ist. M. E. hat Paulus nur den Untergang der Obligation für die übrigen Mitschuldner im Auge gehabt, was mit der Konsumption der unteilbaren Obligationen durch Litiskontestation nur übereinstimmen würde.[34]) Ist dies richtig, dann bildet die l. 25 § 10 einen schlagenden Beweis für die Richtigkeit unserer Ansicht; der Beklagte erhält den Regress durch die Litiskontestation; also ist nicht seine Leistung an sich, sondern die Verschiebung des erbrechtlichen „Habens" im Vergleich zum „Soll" die Ursache des Regresses. Dieser Ansicht steht keineswegs entgegen, dass Paulus den Nachteil der Mehrzahlung durch cautiones, die in iudicio familiae erciscundae bewirkt werden, beseitigen will; diese Promissionen setzen keineswegs voraus, dass die Solidarobligation der Kaventen noch besteht, sondern im Gegenteil, dass sie untergegangen und daher ein erbrechtlicher Anspruch begründet ist.

Damit stimmt auch die l. 44 § 8 D. eod. 10, 2 (Paulus libro VI ad Sabinum) vollkommen überein:

> Si duo coheredes damnati sint statuam ponere et altero cessante alter eam fecerit, non esse iniquum Julianus ait familiae erciscundae iudicium dare, ut pars impendiorum boni viri arbitratu praestetur,

weil hier von freiwilliger Erfüllung die Rede ist, so dass die Befreiung der Mitschuldner durch Litiskontestation nicht in Frage kommen kann; ebenso die l. 49 § 4 D. de leg. II°:

> Paulus libro V ad legem Jul. et Pap.: Si testator dari quid iussisset aut opus fieri aut munus dari, pro

[34]) Vgl. oben § 4 Z. I, unten Kap. IV § 21. Auch Landucci ist der Meinung, dass die unteilbaren Solidarobligationen durch Litiskontestation untergehen (S. 161 ff.) und findet in der l. 25 § 10 cit. einen Beweis dafür. So sehr ich darin mit ihm übereinstimme, so wenig kann ich Landuccis Begründung beipflichten. Nach ihm ist im Fall der l. 25 § 10 die Litiskontestation nicht ausreichend, um die actio familiae erciscundae zu begründen, weil sie allein keinen pekuniären Schaden hervorruft. Abgesehen davon, dass dies nicht richtig ist, weil durch die Litiskontestation die Erbquoten verschoben werden, ist es unmöglich, die l. 25 § 10, so wie sie lautet, mit der Behauptung, dass bei den unteilbaren Obligationen die Litiskontestation Gesamtwirkung habe, in Einklang zu bringen, weil nach ihr die Befreiung ja erst dann eintritt „si conventus praestiterit". Ist die Stelle interpoliert, so verschwindet diese Schwierigkeit.

portione sua eos praestare, quibus pars hereditatis adcresceret, aeque atque cetera legata, placet,

welche nicht etwa von einer „Teilung nach innen“ verstanden werden darf, sondern nur auf die nachträgliche Ausgleichung der Erbquoten durch Regress verstanden werden kann.[35])

Andere Stellen, welche den Regress „pro portione“ des Miterben zulassen, beweisen dagegen, dass die Regressklage die actio familiae erciscundae und ihr Grund nicht die Obligations-, sondern die Erbschaftsgemeinschaft ist.[36])

Ist dies der Fall, so sehen wir den Satz, den wir für die klassische Zeit des römischen Rechts vertreten haben, dass die Solidarität ebensowenig wie die Korrealität die Regressfrage aus sich beantworten kann, nur bestätigt durch die Behandlung, welche die Quellen den unteilbaren Obligationen angedeihen lassen: Solidarität ist nur eine der Voraussetzungen des Regresses, aber keine rechtliche, sondern eine nur thatsächliche, indem durch die Solidarität die Leistung des Ganzen bedingt ist und die durch letztere bewirkte Befreiung eine Verschiebung der in einem heterogenen Rechtsverhältnis begründeten Bilanz der Korrealschuldner herbeiführt.

Danach scheint uns aber der Regress auch bei der ursprünglichen Schuldnermehrheit verneint werden zu müssen.

Auch Brinkmann, der bezüglich der Korreal- und Solidarobligationen ganz die Ribbentropsche Lehre vertritt, ist der Ansicht, dass die blosse Solidarität an sich nicht zur Begründung der actio negotiorum gestorum als Regressklage ausreicht;[37]) dass vielmehr dieselbe nur dann zu gewähren ist, wenn keine andere Regressklage möglich und die Leistung des einen Solidarschuldners als Besorgung eines fremden oder gemeinsamen Geschäftes zu betrachten ist.[38]) Wenn wir ihm hierin vollkommen zustimmen, so müssen wir anderseits behaupten, dass die blosse Thatsache der Unteilbarkeit keine hinreichende Grundlage für die actio neg. gestorum bildet. Der Regress im Fall der Erbengemeinschaft kann, wenn seine Grundlage die Erbengemeinschaft bildet, an sich auch bei anderen Korrealobligationen vorkommen; er bildet keine Besonderheit der unteilbaren Obligationen.[39])

---

[35]) Vgl. Ubbelohde S. 77 f.

[36]) l. 11 §§ 23, 24 D. de leg. III°; l. 2 § 2 D. de V.O. 45, 1.

[37]) S. 154.

[38]) S. 157.

[39]) Wenn sonstige Korrealobligationen von Miterben in den Quellen nicht

Damit entfällt die Möglichkeit, aus diesem Fall einen Schluss auf die ursprüngliche Schuldnermehrheit zu ziehen. Anderseits weist der Umstand, dass die Quellen nur den in der a° fam. erc. begründeten Regress erwähnen, darauf hin, dass beim Mangel dieser oder einer verwandten Klage ein Regress nicht möglich ist. Dem gegenüber kann der ja wohl als gelungen zu erachtende Nachweis Brinkmanns, dass die actio negotiorum gestorum nicht nur bei Führung fremder, sondern auch bei Führung gemeinschaftlicher Geschäfte zusteht,[40]) nicht ins Gewicht fallen; denn es fehlt der andere Nachweis, dass die blosse Unteilbarkeit der Leistung hinreichender Grund sei, eine Zahlung als negotium commune zu betrachten. Die Stellen, die Brinkmann dafür anführt,[41]) beweisen das nicht; sie handeln teils von Fällen, wo nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv fremde Geschäfte geführt werden, teils von solchen, bei welchen wenigstens ein reales Substrat vorhanden ist, welches, wenn es auch keine communio im technischen Sinn begründet, doch eine Auseinandersetzung erforderlich macht. So wird dem Grundeigentümer, welcher das Grundstück im Servitutenprozess defendiert, nicht die a° communi dividundo gegeben, sondern die actio negotiorum gestorum; ebenso dem einen Servitutberechtigten, der auf die Erhaltung des gemeinsamen Weges Aufwendungen gemacht hat; immer bildet eine „Art von Gemeinschaft", wie dies Brinkmann selbst zugibt, die Grundlage der a° neg. gest. Bei der unteilbaren Obligation wäre sonach die Klage nur unter der Voraussetzung möglich, dass die Unteilbarkeit eine Gemeinschaft bedingen würde; m. a. W. dass der Schuldner nicht allein für sich, sondern „eigentlich" auch für seine Mitschuldner haften würde, dass keine „eigentliche" Solidarität vorliegen würde; ein Gesichtspunkt, der, wie wir gezeigt zu haben glauben, dem römischen Rechte in jeder Beziehung fremd ist. Brinkmann erkennt an, dass der Schuldner einer unteilbaren Obligation in solidum haftet, dass er auch die Litisaestimation in solidum leisten muss;[42]) ich sollte denken, dass diese Erwägung zur Verneinung des Regresses hätte führen

erwähnt werden, so beruht dies darauf, dass die Erben in eine Solidarobligation. sofern sie nur teilbar ist, pro parte succedieren. Vgl. l. 49 § 1 D. de fid. 46, 1.

[40]) S. 108 ff.

[41]) l. 3 § 10; l. 30; l. 31 D. de neg. gest. 3, 5; l. 14 § 12 D. de religiosis 11, 7; l. 19 § 2 D. de communi div. 10, 3; l. 10 § 10 D. de in rem verso 15, 3; l. 3 C. de neg. gestis 2, 18 (19).

[42]) Brinkmann S. 140 f.

müssen: „quia suum debitum solvit“. Dass hier von einem „eigenen Geschäft“ keine Rede sein könne,[43]) sondern nur von einem „gemeinschaftlichen Geschäft, welches der Unteilbarkeit wegen ein einzelner Teilnehmer der Obligation allein besorgt habe“, ist eine ganz unbewiesene Behauptung. Richtig ist nur, dass dann, wenn die Solidarität auf der Unteilbarkeit beruht, meist ein inneres Verhältnis bestehen wird, welches eine Regressklage begründet.

Das Ergebnis ist mithin das Gleiche, wie bei allen anderen Korreal- oder Solidarobligationen. Nach den positiven Quellenzeugnissen, wie nach dem für die klassische Zeit ermittelten Solidaritätsbegriff ist bei keiner Solidarobligation, sofern nicht unter den Schuldnern ein besonderes Innenverhältnis besteht, eine Regressklage gegeben. Eine Verschiedenheit zwischen Korreal- und Solidarobligationen ist demnach auch in dieser Beziehung nicht vorhanden.[44])

---

[43]) S. 151 f.

[44]) In der nämlichen Weise wie Brinkmann operiert Ihering, Jahrb. f. Dogmatik X S. 345. Er erkennt an, dass die actio negotiorum gestorum dann ausgeschlossen ist, wenn der Schuldner für sich selbst gehandelt hat (l. 14 § 1 D. com. div. 10, 3), ebenso die condictio sine causa, wenn der Mitschuldner zwar bereichert, die Zahlung aber weder grundlos, noch auf Kosten des Zahlenden gemacht ist (S. 331 f.). Ihering versagt daher die condictio, gibt dagegen die a° neg. gestorum, weil sie keineswegs bloss eine Konzession im Interesse des Klägers ist, sondern ebenso sehr dem wohlverstandenen Interesse der übrigen Kommunionsinteressenten entspricht (S. 337). Deshalb trägt Ihering kein Bedenken, den Regress auch bei den Korrealobligationen zuzulassen, trotz der l. 62 ad legem Falcidiam, welche „dem Verhältnis in keiner Weise gerecht wird“. U. E. können die Erwägungen Iherings vielleicht als Motiv für den Gesetzgeber in Betracht kommen; dem römischen Recht aber werden sie in keiner Weise gerecht. Als Beispiel führt Ihering den Fall an, wenn mehrere Erben mit einem Vermächtnis alternativ belastet sind; wir gestehen, dass wir hier allerdings die actio familiae erciscundae nicht für gegeben halten; aber wir können nicht einsehen, warum sie es nicht sein soll, wenn durch die Leistung, bezw. die Litiskontestation mit dem einen Erben die Erbschaftsquoten eine Verschiebung erfahren. Der Fall liegt nicht anders, als bei der unteilbaren Obligation. — Nicht begründeter scheint mir die von Mitteis (Grünhuts Zeitschr. XIV S. 469 f.) vertretene Ansicht, dass der Regress bei Korrealobligationen zwar im allgemeinen abzulehnen, aber bei einzelnen Arten derselben, nämlich der testamentarischen und der gesetzlichen Korrealität, anzunehmen sei. Mitteis gibt zu, dass Quellenzeugnisse nicht vorhanden sind, behauptet aber, dass die Analogie der gesetzlichen Solidarität, sowie die Interpretation des Gesetzes (?) zu dieser Annahme führe. Nachdem oben gezeigt wurde, dass der Regress bei Solidarobligationen nicht anerkannt ist, entfällt das eine Argument. Was die andere Frage betrifft, ob die Meinung

§ 19.

XII. Beneficium divisionis.

Novella 99.

Wir haben schon im vorigen Paragraphen darzulegen versucht. dass das beneficium divisionis, welches nach den Digesten den Vormündern zusteht, ein Geschenk der Kompilatoren ist. Wir haben zunächst auf diesen Punkt näher einzugehen.

Ausser der l. 1 §§ 11—13 D. de tut. 27, 3, die wir oben be-

---

des Gesetzgebers zur Annahme einer „negativen Vermögensgemeinschaft führen muss", zu „einer unbenannten Klage aus dem Gesetze", so muss ich einerseits gestehen, dass diese Klage mir nicht allein deshalb, weil sie nirgends zu finden ist, bedenklich erscheint, anderseits aber bemerken, dass die römischen Juristen Korrealität und Solidarität nicht als eine Vermögensgemeinschaft betrachten, die rechtliche Folgen hätte. Der Beweis liegt darin, dass immer dann, wenn eine Ausgleichung zugelassen oder vorausgesetzt wird, ein besonderes Rechtsverhältnis genannt wird. Vgl. l. 21 § 5 D. de pactis 2, 14. Diese Erwägung gilt auch von der testamentarischen Korrealität. Ob der Wille des Testators dahin geht, dass unter den Erben eine Ausgleichung stattfinde, ist fraglich; aber auch wenn dies der Fall ist, bildet nicht die Korrealität, sondern die vom Testator gewollte Normierung der Erbquoten die Grundlage des Regresses; dann fehlt es aber auch nicht an Mitteln, ihn durchzuführen. (Vgl. Windscheid II § 449 N. 11 a, der Iherings Ansicht gleichfalls zurückweist, aber „kein Bedenken trägt, auf Grund des Willens des Erblassers sogar einen Vermächtnisanspruch zur Ausgleichung zu gewähren"!) — Ungers Ausführungen (XXII S. 275 f.) sind nur programmatischer Natur. — Für Waldner (S. 122—127) ist natürlich der Regress „natürliche Folge des Korrealitätsbegriffs, wie sich für ihn anderseits aus der blossen Solidarität nicht nur kein Regress ergibt, sondern die Gewährung des Regresses die Solidarität geradezu zur Korrealität steigert. Mit seiner Korrealitätstheorie ist auch die Folgerung für uns hinfällig. Es genügt hier die Bemerkung, dass allgemeine Gründe nicht ausreichen, wenn es sich um Ermittelung des positiven Rechtes handelt und der Konstruktion Quellenzeugnisse im Wege stehen. Es erscheint mir als unangängig, die einer vorgefassten Theorie entgegenstehenden Quellenzeugnisse, wie Waldner thut, zu beseitigen. Es ist willkürlich, Stellen. wie die l. 62 ad legem Falc. (Waldner S. 126 N. 127), auf den Fall zu beschränken, wenn der Promittent „aus Schenkungsabsicht oder gegen den Willen des zuerst prommittierenden Mitschuldners" sich verpflichtete! Es ist Waldner zuzugeben, dass die alternative Onerierung schon formell keine gegenseitige Beziehung herstellt; aber das Nämliche gilt von der Korrealpromission, die niemals im stande ist, eine Obligation unter den Promittenten zu erzeugen. Mit Recht bemerkt daher Windscheid, dass die Korrealität gegen die Regressfrage „indifferent" ist (krit. Überschau VI S. 230).

sprochen haben, behandeln das beneficium divisionis noch die l. 38 pr. § 1 de adm. et peric. 26, 7, die l. 45 eod., und, in Ausdehnung auf solidarisch haftende Magistrate, die l. 7 D. de magist. conv. 27, 8 und l. 3 C. eod. 5, 75. Von diesen Stellen wird unsere Ansicht durchaus bestätigt, soweit dieselben von Tutoren handeln.

Zunächst die l. 38 cit.: Papinianus libro XII quaestionum:

> Si plures tutelam non administraverint et omnes solvendo sint, utrum, quia nullae partes administrationis inveniuntur, electioni locus erit an ut eiusdem pecuniae debitores excipere debebunt periculi societatem? quod magis ratio suadet.
>
> § 1: Si quidam ex his idomi non sint, onerabuntur sine dubio ceteri, nec inique, cum singulorum contumacia pupillo damnum in solidum dederit.
>
> § 2: Unde quaerendum est, an actiones pupillus ei, qui solus convenitur, in alterum pro parte scilicet praestare debeat. sed cum propria cuiusque contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc desiderari?

Wir glauben, dass auch diese Stelle interpoliert ist. Betrachten wir das principium, so scheinen die beiden Alternativen der gestellten Frage den nämlichen Inhalt zu haben: utrum electioni locus erit an ut eiusdem pecuniae debitores excipere debebunt periculi societatem? Vergleicht man damit die Worte der l. 45 eod.: „quasi duo rei essent omnimodo. quod non ita est. nam .... electio locum non habet“, so steht Papinian in einem merkwürdigen Widerspruch mit Paulus.[1]) Während der letztere die Elektion, d. h. die befreiende Wirkung der Litiskontestation, als wesentliches Merkmal der Korrealität bezeichnet, scheint Papinian das Gegenteil zu behaupten, indem er die electio in der einen Alternative den duo rei in der anderen entgegensetzt. Nachdem es über jeden Zweifel erhaben ist, dass bei duo rei Elektion stattfand, kann an sich das „ut eiusdem pecuniae debitores excipere periculi societatem“ nur besagen sollen: „haften müssen wie zwei Korrealschuldner“, d. h. mit Elektion. So wie sie lautet, kann daher die Stelle dem Papinian nicht zugeschrieben werden. Anderseits wissen wir auch, dass weder Regress noch beneficium divisionis den Korrealschuldnern im klassischen Rechte

[1]) Eisele Archiv 77 S. 453 nimmt irrtümlich an, dass l. 45 cit. auch von Papinian sei.

zustand; die Wendung „an ut eiusdem“ etc. kann sich daher entweder auf diese beiden Punkte nicht beziehen, oder dem Papinian nicht angehören. Diese Alternative scheint mir zwingend.

Über den Sinn des „an ut eiusdem“ etc. aber kann nicht wohl ein Zweifel bestehen. Die „societas periculi“ wird ja im folgenden § 1 dahin erläutert: „si quidam idonei non sint, onerabuntur ceteri“. Das ist das beneficium divisionis, und, wie wir hinzufügen dürfen, die Regressklage. Man beachte dabei sehr wohl, dass im Prinzipium den duo rei als solchen (sc. promittendi) das beneficium divisionis gewährt ist; es wird dies für unsere Auslegung der Novelle 99 von Bedeutung sein. Jedenfalls ist soviel sicher, dass im klassischen Recht die duo rei das benef. divisionis entbehrten, und damit ist der Nachweis geliefert, dass die Stelle von „an ut eiusdem“ an umgearbeitet ist.

Was den wenig beachteten § 2 der l. 38 betrifft, so scheint es mir wenig wahrscheinlich, dass er nichts weiter besagen wolle, als die l. 1 § 14 D. de tutelae 27, 3.[2]) Der Ausdruck „contumacia“ ist zu allgemein, als dass er nur auf den dolus bezogen werden könnte; anderseits will die Begründung der l. 1 § 14 cit. auf den Fall der negligentia nicht passen.

Mit unserem Ergebnis hinsichtlich des beneficium divisionis stimmt auch die schon oben teilweise besprochene [3]) l. 45 D. de admin. 26, 7 vollkommen überein.

Die Stelle handelt, wie das „illius nomine alterum interpellare“ zeigt, von zwei Vormündern, von denen nur einer die gestio hatte. Mit diesen werden solidarisch haftende Magistrate verglichen, denen das beneficium divisionis zusteht, wie sich aus den Worten „si uterque idoneus est“ ergibt, die sich auf das beneficium excussionis nicht wohl beziehen können. Dass das beneficium divisionis den Kompilatoren zuzuschreiben ist, scheint mir durch die beiden erstgenannten Stellen nachgewiesen zu sein; folglich kann auch der Teil der l. 45 von „quod non ita est“ an nicht von Paulus geschrieben sein. Dies wird dadurch nur bestärkt, dass der Stelle der rechte innere Zusammenhang fehlt, weil beneficium excussionis und divisionis nicht wohl mit einander verglichen werden können. Endlich ist der Schluss der Stelle

---

[2]) Wie Cuiaz, lib. XII quaest. Papin. IV, 319 und Glück, XXX S. 384 annehmen.

[3]) S. 179 ff.

vollkommen verderbt. Er bezog sich wohl ursprünglich auf die Befreiung der Tutoren durch die Litiskontestation und lautete ungefähr: is autem, qui litis contestatione liberatus est, non ei simili est, qui nihil habet, sed ei, qui satisfecit.[4])

---

[4]) Im Näheren ist über den Schluss der Stelle zu bemerken: das „sed haec in magistratibus tractavi" bezieht sich nicht, wie Ribbentrop S. 81 und Landucci S. 49 f. annehmen, auf einen anderen Ort, wo die nämliche Frage behandelt wurde, sondern weist, wenn man nicht unnötigerweise die Lesart „tractant" vorzieht, auf den unmittelbar vorhergehenden Satz zurück. Was soll aber das „quod non ita est"? Es ist möglich, dass Paulus eine Korrektur des „omnimodo" im folgenden eintreten liess; sicher aber, dass diese Korrektur nicht den Inhalt hatte, den die Stelle heute als solchen vorgibt: nam si uterque idoneus est, electio locum non habet. is autem, qui tempore liberatus est, non ei similis est qui nihil habet, sed ei qui satisfecit. Mit dem ersten Satz von nam an wird zweifellos auf das den Magistraten zustehende beneficium divisionis verwiesen, (darüber, dass die Magistrate nicht ipse iure pro rata haften, siehe Ribbentrop S. 77) und der Gegensatz ausgedrückt, auf den das „quod non ita est" verweist: während unter duo rei promittendi in jedem Fall, mögen sie auch beide solvent sein, Elektion durch Litiskontestation eintritt, haben die magistratus das beneficium divisionis. Die Stelle zerfällt also in zwei Teile, von welchen der erste die Wirkung der Acceptilation, der zweite die der Litiskontestation behandelt. Mit dem „sed haec in magistratibus tractavi", welches sich auf die Wirkung der acceptilatio bezieht, ist die im Eingang der Stelle behandelte Frage abgethan. Paulus geht nun auf die andere Frage über „si duo rei sunt omnimodo" und verneint dies mit Rücksicht auf die durch das beneficium divisionis bedingte Modifikation der Litiskontestationswirkung (ähnlich Landucci a. a. O.). Damit muss der Schlusssatz der Stelle im Zusammenhang stehen. In dem „si uterque idoneus est" ist schon der Gegensatz angedeutet „si alter idoneus non est", und darauf ist das folgende zu beziehen. Ist einer der Magistrate insolvent, so greift das beneficium divisionis nicht ein und es findet daher electio statt; d. h. der solvente Schuldner wird in solidum belangt und der insolvente wird durch die Litiskontestation befreit. Der Satz von is autem soll nun unterscheiden zwischen der definitiven Befreiung durch die Litiskontestation (litis contestatione statt tempore) und dem thatsächlichen Zustand der Insolvenz. Im letzteren Fall kann der Schuldner jederzeit belangt werden; wurde dagegen sein Mitschuldner wegen der Insolvenz in solidum belangt, so ist er befreit „habet enim quod obiciat petitori". Ich möchte dabei das „tempore" und das „habet enim quod" etc. den Kompilatoren zuschreiben, die allerdings den Gedankengang des Paulus im grossen und ganzen getroffen haben. Das „tempore", welches wegen des mangelnden Zusammenhangs mit dem Vorhergehenden soviel Schwierigkeiten bereitet hat (Lenel, Palingen. Paulus Nr. 1389 liest mit Wieding „temere"), wird als wenig gelungener Ersatz für „litiscontestatione" oder „electione" anzusehen und auf das Konto der l. 28 C. de fideiuss. 8, 40 zu setzen sein. Im Sinn des Paulus kann es nicht auf die allgemeine Klagenverjährung bezogen werden (Ribbentrop S. 82 N. 22; Landucci a. a. O.); dagegen könnte es sich auf eine besondere Verjährung beziehen (Schneider krit. Vierteljahrsschr.

Diesen Zusammenhang haben die Kompilatoren wegen der l. 28 C. de fideiuss. 8, 40 zerstört. Aber sie haben in ihrer charakteristischen Weise nur da interpoliert, wo die Gesamtwirkung der Litiskontestation ausdrücklich anerkannt war, nämlich im Schlusssatz; das „electio locum non habet“ haben sie stehen lassen, weil es die Gesamtwirkung der Litiskontestation verneint, ohne zu bedenken, dass sich aus ihm ein sehr einfaches argumentum e contrario ergeben werde. Aber was folgt daraus für die Tutoren? Daraus, dass Paulus nur bei den magistratus verneint, dass sie in jeder Beziehung Korrealschuldner seien, ergibt sich für die Tutoren, dass sie „duo rei sunt omnimodo“, dass ihnen zur Zeit des Paulus das beneficium divisionis noch nicht zustand.

Es erübrigt noch die Solidarhaftung der Beamten. l. 7 D. de magistr. conven. 27, 8 (Celsus libro XI digestorum):

> In magistratibus qui tutorem dederunt, rogo rescribas utrum pro virili portione actio danda sit, an optio sit eius qui pupillus fuit, cum quo potissimum agat. respondit: si dolo fecerunt magistratus, ut minus pupillo caveretur. in quem vult, actio ei danda in solidum est: sui culpa dumtaxat eorum neque dolo malo id factum est, aequius esse existimo pro portione in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit.
>
> l. 3 C. eod. 5, 75: Si tu et collega tuus, cum magistratu fungeremini, minus idoneum tutorem dedistis cautio-

XXVI S. 458). Allein auch dann fehlt der Zusammenhang mit dem Vorhergehenden, und als allgemeine Rechtsregel wird man diese Worte auch nicht. wegen ihrer vagen Fassung, betrachten können. So bleibt nur die Wahl, das „tempore“ mit Schmidt, Interdiktenverfahren S. 200, als Glossem, oder mit Cuiaz a. a. O. als Schreibversehen, oder endlich, was m. E. das Richtige ist. für Emblem zu erklären. Was das „habet enim quod obiciat petitori“ betrifft. so ist es schlechtes Latein und überdies deshalb verdächtig, weil es nicht im mindesten auf den passt, „qui satisfecit“. Denn dieser wird ipso iure befreit. während sich augenscheinlich diese Phrase nur auf eine Einrede beziehen soll. was mit der Einschiebung des „tempore“, welches sich auf die longi temporis praescriptio bezieht, im Zusammenhang steht. Aus der Stelle geht noch ein anderes hervor: das beneficium excussionis kann im Eingang der Stelle keine Rolle gespielt haben. Was wir oben vermuteten, wird durch die vorstehende Interpretation bestätigt: das „illius nomine“ hängt mit dem konkreten Thatbestand der quaestio zusammen, ohne dass es auf die rechtliche Gestaltung der Sache von Einfluss gewesen wäre. M. E. gehört denn auch das beneficium excussionis der tutores non gerentes erst der Kompilatorenzeit an. — Vgl. darüber noch unten § 21 zu N. 38 f.

nemque idoneam non exegistis nec alias servari pupillo indemnitas potest et utrique solvendo estis, pro virili parte in vos actionem dari non iniuria postulabis (Gordianus a°. 238).

In diesen beiden Stellen spricht allerdings nichts für die Annahme einer Interpolation. Es genügt indessen, auf l. 6. D. eod. 27, 8 zu verweisen, um das Argument, welches man hieraus gegen unsere Ansicht, dass das benef. divisionis erst durch Justinian den Tutoren gegeben wurde, etwa entnehmen möchte, zu widerlegen. Die Munizipalmagistrate haften nicht nach Analogie der Tutoren, sondern der Fideiussoren; auch das beneficium divisionis derselben wird infolgedessen auf die Analogie der fideiussio zurückzuführen sein. Dennoch möchte ich mit Eisele[5]) annehmen, dass die l. 11 pr. D. ad municipalem 50, 1 von „quod sic intellegi oportet" an von den Kompilatoren herrührt; dieselben haben eben überall auf das beneficium divisionis hingewiesen, wo Gelegenheit dazu geboten war, und auch die l. 47 D. locati wird man kaum[6]) dem „älteren Recht" zuweisen können.[7])

Fragen wir aber, ob ein gemeinsames Prinzip diesen Fällen des Pandektenrechts zu Grunde liegt, so lässt sich jedenfalls nicht behaupten, dass nur dann diese Rechtswohlthat gewährt werde, wenn die Schuld „materiell den einzelnen Schuldner nur zum Teil angeht".[8]) Das trifft weder bei Bürgen, noch bei Vormündern, noch bei den Magistraten zu; nur bei den Verpächtern und Verkäufern der l. 47 cit. würde sich diese Behauptung rechtfertigen lassen; darin aber, dass die Solidarschuldner sich „in gleicher Verschuldung befinden",[9]) wird man schwerlich ein Prinzip erblicken können. Überdies wollen wir nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, dass die l. 38 pr. D. de admin. et periculo 26, 7 den Korrealschuldnern schlechthin das beneficium divisionis gewährt:

an ut eiusdem pecuniae debitores excipere debebunt periculi societatem? —

Die Kompilatoren haben also das beneficium divisionis,

---

[5]) S. 458 N.

[6]) Wie Windscheid § 293 N. 10 will.

[7]) Dagegen halte ich, abweichend von Eisele a. a. O., die l. 60 § 2 D. mandati, die mit dem benef. div. nichts zu thun hat, für echt.

[8]) Was Windscheid II § 293 übrigens nur für die Nov. 99 annimmt.

[9]) Windscheid II § 298 zu N. 10.

welches nach klassischem Recht nur in einzelnen Fällen zustand. auf andere Fälle, ja wir können sagen, auf alle Fälle der Solidarität ausgedehnt, den Fall des gemeinsamen Dolus allein ausgenommen.

Fragen wir aber nach der Legitimation der Kompilatoren zu solchem Vorgehen, so gibt uns der Kodex leider nicht den geringsten Hinweis. Eine Konstitution, sei es des Justinian, sei es früherer Kaiser, welche das beneficium divisionis ausdrücklich eingeführt hätte, ist im Kodex nicht enthalten. Indessen würde dies der Möglichkeit einer Interpolation nicht im Wege stehen. da sich auch sonst zahlreiche Interpolationen ohne begleitende Konstitution nachweisen lassen.[10])

Nach diesen Vorbemerkungen gehen wir über zur Betrachtung der Novelle 99. Uns erscheint dieselbe als konsequente Fortbildung der eben geschilderten Kompilatorenarbeit, vorausgesetzt, dass sie überhaupt auf Korrealschuldner zu beziehen ist.

Dies steht freilich keineswegs fest. Es ist von jeher grosser Streit über den Gegenstand der Novelle, wie auch die sachliche Tragweite derselben nicht unbestritten ist.[11])

Im Authentikum führt die Novelle den Titel „de reis promittendi". Das griechische Original hat gegen die Richtigkeit dieser Übersetzung Bedenken erregt, da rei promittendi in der Regel mit „ἔνοχοι ἐπερωτώμενοι" und ähnlichen Wendungen wiedergegeben wurden. Die „ἀλληλέγγυοι" oder „ἀλληλεγγύως

[10]) Vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 23 ff.; Krüger, Geschichte der Litteratur u. Quellen des röm. Rechts S. 332.

[11]) Über die Novelle 99 s. Asverus, ad Nov. 99 (Diss. Jenae 1822); Glück IV S. 526; Hugo civ. Magazin IV S. 428 f.; Savigny, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. II S. 119; Burchardi, civ. Archiv XIX S. 49 ff.; Schröter Lindes Zeitschr. VI S. 435 ff.; Heimbach eod. XVI S. 65 f.; Girtanner, Bürgschaft S. 125 f., 548 ff.; Savigny, Obligationenrecht I S. 279 f.; Vangerow, Pand. III § 573 N. 4; Grotefend, exceptio divisionis. Göttinger Diss. 1852; Rückert, exceptio divisionis. Göttinger Diss. 1852; Rückert Lindes Zeitschr. N. F. XII S. 55 ff.; Dedekind, de except. div. Göttingen 1853; Brinz, krit. Bl. IV S. 35 ff.; Dedekind Archiv f. civ. Prax. XI S. 264, 380 ff.; Wieding. Nov. 99. Diss. Berol. 1857; Burchardi krit. Vierteljahrsschr. I S. 285 f.; Helmolt, Korrealobligation S. 110 ff.; Demangeat S. 325 ff.; Zimmermann, Heidelberger krit. Zeitschr. V S. 139 f.; Siebenhaar, Korrealobl. S. 39 ff.; Mitteis. Reichsrecht und Volksrecht S. 183 ff.; Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigk. S. 111, 138; Ribbentrop S. 116 u. N. 18; Puchta, Pandekten § 235; Arndts. Pand. § 215; Hellmann Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 78 S. 386 ff.; Brinz, Pand. II S. 177; Ryck, Schuldverhältnisse S. 79; Windscheid, Pand. II § 293 N. 10; Dernburg, Pand. II § 73 Z. 1; Wendt, Pand. S. 510.

ὑπεύθυνοι“ der Novelle 99 schienen daher umsoweniger Korrealschuldner im allgemeinen bezeichnen zu sollen, als die ehedem bekannten Korrealitätspromissionen nichts von gegenseitiger Verbürgung enthielten.

Man hat infolgedessen die Novelle auf besondere Fälle beschränken wollen. Nach den Einen soll sie sich auf Korrealschuldner beziehen, die sich wechselseitig verbürgt haben, nach Anderen auf Teilschuldner, die sich wechselseitig verbürgt haben, oder auch auf Korrealschuldner, welche die Schuld materiell nur zum Teil angeht. Die herrschende Lehre hat indessen daran festgehalten, dass die Novelle alle Korrealitätsfälle treffen wollte, und auch die Praxis ist auf dieser Anschauung beharrt.[12])

Auch wir glauben uns der herrschenden Lehre anschliessen zu sollen.

Zunächst können uns die Gründe, welche gegen dieselbe vorgebracht werden, nicht überzeugen.

Was die erste der genannten Sondermeinungen betrifft,[13]) so wird für sie geltend gemacht, dass ihr der Wortlaut der Novelle entspreche, und dass die Möglichkeit der gegenseitigen Verbürgung von Korrealschuldnern schon in den Digesten anerkannt sei, wie denn Savigny sogar der Ansicht ist, dass Justinian an die l. 11 pr. D. h. t. 45, 2 mit der Novelle angeknüpft habe.[14])

M. E. kann dagegen folgendes eingewendet werden: Es ist nicht richtig, dass der Wortlaut der Stelle dieser Meinung entspricht. Sind ὑπεύθυνοι Schuldner = obligati, dann handelt die Stelle von Schuldnern im allgemeinen, die sich wechselseitig verbürgt haben; fraglich kann nur sein, ob diese wechselseitige Bürgschaft den Erfolg der Korrealhaftung hat. Von Korrealschuldnern, die sich überdies verbürgen, kommt in der Novelle nichts zum Ausdruck. Anderseits aber scheint mir die Berufung auf die l. 11 pr. cit. verfehlt. Auch über diese Stelle ist lebhafter Streit; es scheint uns nötig, dieselbe einer kurzen Betrachtung zu unterziehen.

> Papinianus libro XI respons: Reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi convenit. reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), poterit eundem ut principalem reum, item qui fideiussor pro altero exstitit, in

---

[12]) Windscheid II § 293 N. 10 u. dort Citierte.

[13]) Glück, Savigny, Grotefend, Siebenhaar u. a. m.

[14]) Savigny I S. 283 N. m.

partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret.

Während Savigny die Stelle von sich gegenseitig verbürgenden Korrealschuldnern verstehen will, und den Vorteil dieses Geschäfts darin erblickt, dass der Gläubiger jeden Schuldner als reus und als Bürgen belangen kann,[15]) will Brinz[16]) die rei promittendi im Eingang in Gegensatz zu den duo rei promittendi am Schluss der Stelle bringen und nimmt an, dass Papinian von Teilschuldnern spreche, welche durch wechselseitige Verbürgung Solidarschuldner geworden seien.[17]) Aber auch gegen diese Auffassung hat man Einwendungen erhoben: dass durch sie die Worte der Stelle, welche dem Gläubiger die Teilung der Klage gestatten, sinnlos werden und dass, was schwerer wiegt, die Möglichkeit der gegenseitigen Verbürgung von Teilschuldnern keiner Kontroverse und keines „convenit" bedurft hätte.

Wenn wir die Stelle betrachten, so ergibt sich zunächst, dass über den fraglichen Verpflichtungsmodus unter den Juristen Streit war. Er muss mithin mit den bis dahin geltenden Anschauungen in Widerspruch gestanden haben. Anderseits fehlt es der Stelle an innerem Zusammenhang, da die divisio actionis vom Standpunkt Savignys wie Brinz' aus immer etwas Selbstverständliches ist. Sind Korrealschuldner in Frage, so ergibt sich dies aus l. 3 § 1 D. h. t. 45, 2; sind Teilschuldner in Frage, so ist die Teilung der Klage nicht Recht, sondern Zwang. Anderseits wird als der Vorteil des fraglichen Geschäfts ausdrücklich bezeichnet, dass der Gläubiger jeden Schuldner zum Teil als Bürgen, zum Teil als Hauptschuldner belangen kann; damit stimmt weder das „dividere si velit" überein, wenn Korrealschuldner in Frage stehen, noch passt dazu unter der einen oder der anderen Voraussetzung der Schluss „non secus ac si — conveniret".

Daher will Mitteis[18]) die Stelle auf die exceptio litis dividuae beziehen, welche dem Gläubiger entgegengestanden wäre,

[15]) Savigny I S. 268 ff.

[16]) Krit. Bl. IV S. 36 ff. Sein Einwand, dass der Nutzen gegenseitiger Verbürgung von Korrealschuldnern nicht einzusehen sei, ist von Savigny S. 269 N. c. bereits zugegeben.

[17]) Ebenso Dedekind a. a. O. S. 154; Vangerow III S. 83; Arndts § 215 N. Dagegen Fitting S. 99 N. 122; Helmolt S. 109; Mitteis, Individ. S. 69.

[18]) Individualisierung S. 69.

wenn er den Schuldner während des nämlichen Amtsjahres zweimal aus dem nämlichen Schuldtitel belangte, während sie ihm nicht entgegenstand, wenn er ihn einmal auf Grund seines selbstschuldnerischen, dann auf Grund seines Bürgschaftsversprechens in Angriff nahm. Man wird zugeben müssen, dass diese Auffassung viel Bestechendes hat. Allein bei näherer Prüfung kann auch sie nicht Stand halten. Wenn auch unter der Voraussetzung, dass Papinian von der exceptio litis dividuae handelt, der Zusammenhang der l. 11 pr. geradezu vorzüglich ist, so muss doch bemerkt werden, dass die Allgemeinheit, mit der Gaius die Voraussetzungen der exceptio litis dividuae angibt,

> „si quis partem rei petierit et intra eiusdem praeturam reliquam partem petat“ [19])

die Vermutung nahelegt, es sei mit der Personenidentität bei dieser Einrede gerade so bestellt gewesen, wie bei der exceptio rei in iudicium deductae. Wir möchten deshalb die Mitteissche Erklärung nur als eine sehr ansprechende Hypothese bezeichnen, die jedenfalls mehr Beifall verdient als die beiden erstgenannten Erklärungsversuche.

Sollte es aber nicht auch möglich sein, in der l. 11 einen Hinweis auf das beneficium divisionis zu erblicken? Für jeden Fall bedürfte es doch einer Begründung, warum die Stelle, wenn sie von der exc. litis div. handelte, aufgenommen wurde.

Man erinnere sich aber, dass in der l. 38 pr. D. etc. admin. et periculo 26, 7 den Korrealschuldner ganz allgemein das beneficium divisionis gewährt wird. Für das justinianische Recht trifft, wenn dies richtig ist, die Behauptung des Papinian: „neque enim dividere cogendus est“ der l. 11 pr. cit. nicht zu. Vielmehr muss nach dem aus der l. 38 pr. cit. entwickelten Recht der Gläubiger regelmässig die Klage unter den Mitschuldnern teilen. Diese Notwendigkeit vermeidet der Gläubiger dadurch, dass er sich seine Korrealschuldner wechselseitig verbürgen lässt. Dann kann er seine Klage in der Weise teilen, dass er den einen Schuldner nur zur Häfte im eigenen Namen, zur anderen Hälfte im Namen des Mitschuldners belangt, dass er also thatsächlich doch den einen Korreus in solidum belangt; der Zwang der Teilung ist auf diese Weise umgangen; denn buchstäblich hat er geteilt „non secus ac si duos promittendi

---

[19]) Gaius IV, 122.

reos divisis actionibus conveniret". Auf die Möglichkeit dieser Umgehung des benef. div. bezieht sich das „neque enim cogendus est", nämlich „si vice mutua fideiussores accepti sunt".

Freilich setzt das voraus, dass die Stelle von reus itaque an den Kompilatoren angehört und dass für sie die rei promittendi am Eingang der Stelle Korrealschuldner waren.[20]) Dann bleibt uns noch die Frage zu beantworten, was Papinian hat sagen wollen. Und dabei glauben wir allerdings davon ausgehen zu müssen, dass „qui promittit, reus promittendi habetur",[21]) dass daher „rei promittendi" an sich keine Korrealschuldner sind. Dann leuchtet sofort ein, worin der Vorteil jener „mutua fideiussio" bestand: Wir brauchen nur zu bedenken, dass dann, wenn die Promissionsform nicht genau eingehalten war, keine Korrealität, sondern entweder Multiplikation oder Teilung eintrat; und diese letztere Möglichkeit hat Papinian im Auge. Der Mangel der Teilhaftung wird geheilt durch die nachträgliche mutua fideiussio; ob sich daran überhaupt noch eine Erörterung Papinians knüpfte, mag dahingestellt bleiben.[22])

Mithin darf angenommen werden, dass die l. 11 pr. cit. keine Grundlage bildet für Savignys Auslegung der Novelle 99. Der Gesetzgeber, der das beneficium divisionis „aequitate suggerente" gewährt, findet einigen Grund in dem Sicherungszweck der Korrealität, der bei Solvenz aller Mitschuldner gegenstandslos ist. Aber warum die Parteien, insbesondere die Schuldner. in deren Interesse allein die Teilung zugelassen ist, nicht auf sie sollen verzichten können, vornehmlich um des anderen Korrealitätszweckes, der bequemeren Rechtsverfolgung willen. ist nicht einzusehen. Korrealschuldnern, die sich gegenseitig verbürgt haben, das beneficium divisionis zu gewähren, hiesse den Verzicht auf dasselbe ignorieren und würde eine Schädigung des Gläubigers bedeuten.

Ebensowenig wie Savignys Ansicht scheint mir die Meinung Vangerows und Windscheids begründet, dass sich die Novelle 99 auf Korrealschuldner beziehe, welche die Schuld materiell nur zum Teil angehe. Alles, was für diese Ansicht angeführt wird, sind die Worte der Novelle „τὸ ἀλληλεγγύως δανεισθέν". Vange-

---

[20]) Vgl. auch Basil. XLIII, III, 11.

[21]) l. 1 D. h. t. 45, 2.

[22]) Diese Auffassung erzielt auch einen Zusammenhang mit den folgenden §§ der l. 11, welche eben davon handeln, dass die Korrealität ausdrücklich verabredet sein muss, wenn nicht die Teilhaftung eintreten soll.

row bemerkt selbst mit Recht, dass man nicht mit Heimbach die Novelle um dieses Ausdrucks willen auf Darlehnsschuldner beschränken dürfe; wir glauben uns auf diese Bemerkung gegen ihn selber berufen zu dürfen. Wenn die allgemeinen Worte des Kap. I der Novelle massgebend sein müssen, dann kann die Stelle nur von sich gegenseitig verbürgenden Schuldnern überhaupt verstanden werden, ohne dass eine weitere beschränkende Voraussetzung notwendig wäre. Überdies aber scheint mir fraglich, ob die Voraussetzung des verhältnismässigen Vorteils der einzelnen Schuldner, oder, wie Windscheid sagt, der materiellen Teilung, des Teilinteresses, juristisch denkbar ist. Ist es doch gerade die Eigentümlichkeit des formalen Schuldrechts der Verbalobligationen, dass die causa, das Materielle, von der formellen Natur der Obligation vollkommen absorbiert wird,[23]) so dass eine Würdigung des materiellen Schuldgrundes geradezu unmöglich ist, oder richtiger, so dass überhaupt nur ein formeller Schuldgrund vorhanden ist. Und so will auch das *ἀλληλεγγύως δανεισθέν* nichts anderes sagen, als dass für ein creditum eine gegenseitige Verbürgung stattgefunden hat; dass dieses creditum ein gemeinschaftliches sein müsse, ist hier um nichts wahrscheinlicher als bei den Fragmenten der klassischen Juristen, welche von korrealen Verpflichtungen handeln. —

Trotzdem kann ich auch der Meinung nicht beipflichten, dass sich die Novelle auf sich gegenseitig verbürgende Teilschuldner beziehe, sofern durch diesen juristischen Vorgang verschiedenartige Obligationen, nämlich Teilhauptobligationen und Teilbürgschaftsobligationen, entstehen sollen. Mit Recht hat Zimmermann[24]) dagegen angeführt, dass unter dieser Voraussetzung die Novelle 99 eine blosse Wiederholung der Novelle 4 sein würde, insofern nämlich jeder Schuldner, soweit er Bürge ist, das beneficium excussionis hätte und so die Verurteilung seiner selbst und seiner Mitschuldner zunächst als Hauptschuldner und daher pro parte erlangen würde, sowie dass anderseits die Worte „*εἰ μὲν μὴ προστεθείη τὸ δεῖν καὶ ἕνα τούτων εἰ ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι*“ — „*εἰ δὲ καὶ τοιοῦτο προστεθείη*“ in unzweideutiger Weise darauf hinweisen, dass den Gegenstand der Novelle die Solidarschuld bildet.

Trotzdem ist insofern in dieser Ansicht u. E. ein richtiger

[23]) Vgl. l. 126 § 2 D. de V.O. 45, 1.
[24]) Heidelberger krit. Zeitschr. V S. 160.

Kern enthalten, als es sich nicht um eine Kumulation von Korrealität und Bürgschaft handeln kann. Unseres Erachtens spielt vielmehr die Bürgschaft in der Novelle nur die Rolle eines Mittels zum Zweck, indem die gegenseitige Verbürgung eine Schuld, die an sich nur Teilschuld wäre, zur solidaren oder korrealen Schuld steigert.

Man wird mir freilich einwerfen, was ich gegen die Vertretungstheorie von Brinz und die Füreinandertheorie von Waldner eingewendet habe, dass nämlich solch gegenseitige Verbürgung nur zu selbstschuldnerischer Teilhaftung und bürgschaftsrechtlicher Teilhaftung führen kann. Diesen Einwand würde ich vom Standpunkte des römischen Stipulationenrechtes auch für vollkommen begründet erachten. Für das Recht der Novellen aber in keiner Beziehung. Denn nichts nötigt zu der Annahme, dass eine gegenseitige Verbürgung im technisch-juristischen Sinne, eine fideiussio mutua, in Frage stehe. Vielmehr handelt es sich um eine Vorstellung, von der ausgehend das naive Rechtsbewusstsein zur Solidarhaftung gelangt. Es belehrt uns schon ein Blick auf die neuere Dogmengeschichte der Korrealobligationen, wie naheliegend die Auffassung ist, dass der Solidarschuldner nicht für sich allein, sondern auch für seine Mitschuldner haftet, es geht das germanische Recht davon aus, dass Gesamthaftung dann eintritt, wenn „einer für alle, alle für einen" haften zu wollen erklären,[25]) und auch nach alten orientalischen Rechten entsteht die Korrealität durch die Erklärung, dass einer für den anderen einstehe.[26])

Kann es uns sonach verwundern, wenn auch im griechischen Recht die Korrealität dadurch begründet wurde, dass die Promittenten sich gleichzeitig für sich selbst und ihre Mitschuldner verpflichteten? Und dass dies griechisches Recht war, dass das „*ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν*" der gewöhnliche späthellenische Begründungsmodus der Korrealität war, können wir heute um so leichter behaupten, als wir die „*ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι*" nicht mehr allein aus der Novelle 99 kennen.[27]) Dabei handelt es sich jedoch um einen ganz anderen Vorgang, als der in l. 11 pr. h. t. 45, 2 beschrieben ist. Während hier juristisch und zeitlich ver-

[25]) Vgl. Heusler, Instit. des deutschen Privatr. II S. 258 ff.

[26]) Vgl. Revillout, les obligations en droit egyptien 1886, appendice II (actes de Babylone), p. 478 f.

[27]) Vgl. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 183 ff.; Zachariae, Geschichte des griech. Rechts 2. Aufl. S. 209; Brinz II § 253 N. 77.

schiedene Akte in Frage stehen, Haupt- und Nebenschuldnerschaft in einer Person sich vereinigen,[28]) ist das *ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν* der Papyri von El-Faijûm und der Novelle 99 ein einheitlicher Akt, durch den überhaupt erst eine Verpflichtung, und zwar eine einheitliche, begründet werden soll.[29]) Der gewählte Begründungsmodus entspricht der natürlichen Auffassung; dass sich im älteren griechischen Recht eine andere Formel findet (*ἡ πρᾶξις ἔστω τῷ δανείσαντι καὶ ἐξ ἑνὸς ἑκάστου καὶ ἐκ πάντων*),[30]) wird dagegen nicht ins Gewicht fallen können. Für jeden Fall glaube ich nicht, dass das „*ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν*", wie Mitteis annimmt, die gewöhnliche Form der römischen Korrealitätsabrede bildete; für das klassische Recht wird unbedingt an dem Modus der Justinianischen Institutionen festzuhalten sein. Nur aus der Begründungsform der gesamtaktlichen Promission erklärt sich die Ausgestaltung der römischen Korrealität, wie wir sie im Vorhergehenden kennen gelernt haben. Das *ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν* kann dem römischen Recht nicht zugewiesen werden, weil ihm die Gestaltung der römischen Korrealität nicht entspricht. Insbesondere die Verweigerung des Regresses lässt sich nur aus der uns bekannten Korrealpromission erklären.

Ἀλληλεγγύως ὁμολογούμενοι sind demnach für uns Korrealschuldner, duo rei promittendi, wie auch das Authentikum annimmt. Dabei erhebt sich allerdings eine Schwierigkeit, insofern Justinian in Novelle 99 unterscheidet, ob sich die *ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι* in solidum verpflichtet haben oder nicht. Im letzteren Falle soll, ganz wie nach der l. 11 § 2, die Schuld ipso iure unter die einzelnen Promittenten geteilt sein, im ersten Fall soll der Richter die Mitschuldner des Beklagten beiziehen und, wenn sie zahlungsfähig sind, die Verurteilung pro portionibus vornehmen. Man hat darin einen Beweis für die Richtigkeit der Ansicht gefunden, dass die Novelle nicht von Korrealschuldnern handeln könne, sondern von Teilschuldnern, die sich gegenseitig verbürgt haben; die Neuerung Justinians besteht nach dieser Ansicht darin, dass die Schuldner, welche sich ohne Korrealitätsklausel verbürgt haben, geteilt haften (*πάντας ἐξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι*), während die anderen prinzipiell in solidum haften

---

[28]) Wie sich daraus ergibt, dass diejenigen, die vice mutua fideiussores accipiuntur, bereits „rei promittendi" sind.

[29]) Wie aus dem Eingangssatz des Kap. I der Novelle erhellt.

[30]) Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht S. 183 N. 3 u. dort Citierte.

(*φυλάττεσθαι τὸ σύμφωνον*) und nur im Falle der Solvenz der Mitschuldner die Teilung eintreten soll.

Aber genau besehen kann diese Argumentation unsere Auffassung von der Novelle 99 nicht entkräften. Nicht darum handelt es sich, was *ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι* durch die Novelle geworden sind, sondern was sie vor der Novelle waren. Wir glauben dargethan zu haben, dass sie die Korrealschuldner des hellenischen Ostens waren. Dann aber hat Justinians Novelle die Bedeutung, dass das „*ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν*" nicht mehr genügen soll, um Korrealität hervorzubringen, sondern dass ausdrücklich hervorgehoben sein muss, dass die Schuldner in solidum haften sollen, damit eine Korrealobligation zu stande kommt. Gerade so, wie Justinian für die Novation die Erklärung fordert, dass Novation beabsichtigt sei. Ist der Verpflichtungserklärung keine Solidaritätsklausel beigefügt, so tritt geteilte Haftung ein; andernfalls haften die Promittenten in solidum, aber mit dem beneficium divisionis für den Fall ihrer Solvenz.[31])

So erledigen sich alle Bedenken, die gegen die herrschende Lehre geäussert worden sind.[32]) Man muss nur bedenken, dass das *ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν* eine Verpflichtungsform ist, die allerdings deutlich genug spricht, aber immerhin einer Auslegung fähig ist, um zu verstehen, dass Justinian, allerdings in übertriebener Vorsicht handelnd, den Willen der Parteien, sich solidarisch zu verpflichten, noch deutlicher erklärt haben wollte.

Die Novelle 99 spricht also von der Korrealitätsabrede. Daraus entspringt für uns die Frage, ob sich das beneficium divisionis auf die Vertragskorrealität beschränkt und wie sich die Novelle zum Digestenrecht verhält. Klammert man sich daran an, dass die Novelle eine authentische Interpretation einer Geschäftsform darstellt, so wird man eine Ausdehnung ihrer Norm auf andere Korrealitätsfälle ablehnen müssen. Indessen scheint uns doch das andere Argument schwerer zu wiegen, dass die Novelle nicht als juristische Konsequenz zu betrachten, sondern als Ausfluss weitgehender Fürsorge für den Schuldner er-

---

[31]) Vgl. darüber Wieding a. a. O.

[32]) Namentlich auch Vangerows Einwand gegen Wieding: „Nachdem also zuerst von der allgemeinen Voraussetzung ausgegangen wurde, dass mehrere Korrealschuldner da seien, würde als Unterfall ein solcher hingestellt. in welchem keine vorhanden seien!" Dass aber nicht Anwendung geltenden Rechts, sondern eine Neuerung in Frage steht, zeigt der Infinitiv „*πάντας ὑφίστασθαι*".

gangen ist, um zu verhindern, dass ohne Not die Solidarhaftung geltend gemacht werde, weshalb wir die Anwendbarkeit der Novelle auf alle Fälle korrealer Verbindlichkeiten behaupten möchten.[33])

Darin bestärkt uns die Wahrnehmung, dass schon nach der Digestenkompilation des beneficium divisionis den Korrealpromittenten sowohl, wie manchen auf Grund Gesetzes solidarisch Haftenden zustand.[34]) Ist dies aber der Fall, dann ist die Neuerung der Novelle 99 viel weniger eine materielle, da das beneficium divisionis schon von den Kompilatoren eingeführt war, als vielmehr eine prozessuale, die Geltendmachung desselben bezweckend. Insofern besteht unseres Erachtens ein gewisser Zusammenhang mit der Novelle 4, welche auch an das schon bestehende beneficium excussionis anknüpft, seine Geltendmachung aber von näheren Voraussetzungen abhängig macht.[35])

Wenn wir daher annehmen, dass das römische Recht am Ende seiner Geschichte allen Korrealschuldnern, sofern dieselben nicht „doli participes" waren, das beneficium divisionis gewährten, so ist damit nicht gesagt, dass der Begriff der Korrealität untergegangen wäre. Noch nach der Novelle 99 ist die Solidarhaftung als prinzipielle Grundlage der Korrealität anzusehen, die sofort dann zur Geltung kommt, wenn die Voraussetzung der Teilung, die Solvenz der Schuldner, entfällt.

Aber eine andere Frage drängt sich angesichts der Novelle 99 auf, die nicht so vorbehaltlos verneint werden kann: ob mit dem „ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν" nicht etwa eine Veränderung des römischen Korrealitätsbegriffes stattgefunden hat. Die klassischen Juristen haben die Korrealität aus der Korrealitätsstipulation entwickelt; da der Begründungsakt nur eine streng einseitige Verpflichtung und Berechtigung hervorbringen konnte, so war für den römischen Juristen keine Möglichkeit gegeben, den Regress dem zahlenden Korrealschuldner zu gewähren. In dem Augenblick, da an die

[33]) So insbesondere die älteren Juristen: Glück IV S. 527 N. 87 f.; Asverus p. 11 sqq. u. dort Citierte; Zimmern, röm. rechtl. Untersuchungen S. 274; Schweppe, Lehrb. § 274; Seuffert § 228; Mühlenbruch, doctr. pand. § 492; Sintenis, pr. Civilrecht II § 89 N. 47.

[34]) Vgl. l. 38 pr. D. 26, 7.

[35]) Dass kein innerer Zusammenhang zwischen den Novellen 4 und 99 bestehen soll, zeigen die Worte des Proömiums der letzteren, welche ganz oberflächlich auf die Nov. 4 hinweisen. Deshalb fehlt jede Ursache, die Nov. 99 in einen sachlichen Zusammenhang mit der Novelle 4 zu bringen, wie dies Savigny, Vangerow und andere versucht haben.



Stelle der Gesamtpromission das „ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν“ trat, war die Möglichkeit gegeben, die Korrealobligation anders zu konstruieren: dass man es gethan hat, beweist uns das allmähliche Vordringen der actio utilis und die Gewährung des beneficium divisionis. Es ist sehr wahrscheinlich, dass die Veränderung der Verpflichtungsform die Veranlassung war. Die Schuldner verpflichten sich gegenseitig für einander; damit verbindet sich die Vorstellung, dass die Solidarhaftung nur die Aussenseite bilde, dass materiell nur eine Teilhaftung vorliege, die in jedem Falle schliesslich verwirklicht werden müsse. Ich kann um deswillen nicht Mitteis zustimmen, wenn er annimmt, dass das „ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν“ in der Novelle 99 nur „die leere Schale“ bilde,[36]) da diese Verpflichtungsform den Zweck verfolge, die exceptio litis dividuae zu umgehen, welche im justinianischen Recht weggefallen sei. Oben versuchte ich zu zeigen, dass das ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν mit dem vice mutua fideiubere der l. 11 pr. h. t. nicht verwechselt werden darf; damit fällt die Grundlage dieser Mitteisschen Folgerung. Der einzige Zweck dieser gegenseitigen Verbürgung war vielmehr die Hervorbringung der Korrealität, so dass die „Schale“, um mit Mitteis zu reden, den Kern so lange behalten hat, bis Justinian ihn durch die Interpretationsvorschrift der Novelle 99 entfernte.[37]) Als aber die Form durch

[36]) Reichsrecht u. Volksrecht S. 184.

[37]) Waldner erkennt an, dass die fragliche Wendung, wenn sie sich auf die Korrealschuldner beziehen würde, eine Stütze seiner Korrealitätstheorie bilden würde, glaubt aber wie Mitteis nur den reus fideiussor acceptus darin erkennen zu können. Seine Begründung weicht indessen von Mitteis ab (S. 10 N. 4). Aus l. 11 pr. h. t. 45, 2 ergebe sich, dass die gegenseitig verbürgten Gemeinschaftspromittenten einzeln in solidum belangt werden können. Diesem Satze sei die Novelle 4 gegenübergetreten, die dem Bürgen das benef. excussionis gewährt. Justinian habe dann mit der Nov. 99 den Zweifel gelöst, wie sich die Nov. 4 zur l. 11 pr. verhalte. Damit sei er seiner Nov. 4 gerecht geworden, ohne dem Papinian zu nahe zu treten, indem er unterscheide, ob sich die Promittenten ausdrücklich in solidum verbürgten oder nicht. Im letzteren Falle solle diese Absicht nicht unterstellt werden (womit wir übereinstimmen), daher jeder das benef. excussionis haben, soweit er für den anderen sich verbürgt habe. Andernfalls solle zwar auch das benef. excuss. eintreten, aber in einer Weise, welche dem Interesse der Verpflichteten Rechnung trage (natürlich!) und gleichwohl dem Recht des Gläubigers keinen Abbruch thue. Wir haben dagegen einzuwenden, dass gar nicht einzusehen ist, wie über die Anwendbarkeit des beneficium excuss. auf die ἀλληλεγγύως ὁμολογούμενοι der Nov. 99 ein Zweifel bestehen konnte, wenn sie nur Teilschuldner waren. Ausserdem erklärt Waldner nicht, was er erklären soll. Wenn es Justinian darum zu thun war, seine Nov. 4 durchzuführen, dann musste er sein

Justinian wesenlos geworden war, blieb der Korrealität doch das anhaften, was sich aus jener Form entwickelt hatte: die Vorstellung, dass Korrealschuldner materiell Teilschuldner sind, die für einander haften, wenn diese Füreinanderhaftung sich auch nur in einigen Beziehungen, nicht aber in einer Zerschneidung der Einzelhaftung in eigennamige und fremdnamige Haftung äusserte. Und deshalb scheint es uns eine konsequente Fortbildung des von den Kompilatoren und dem Gesetzgeber Justinian anerkannten Prinzips zu sein, den Korrealschuldnern neben und wegen des beneficium divisionis auch die Regressklage zu gewähren. Aus der „quaedam societas", um mit Gaius zu reden, scheint uns nicht nur die Einrede der Teilung, sondern auch eine „quaedam actio pro socio" entspringen zu sollen, wie sie auch von der Rezeptionsjurisprudenz anerkannt ist und vielleicht schon dem Reformator Diokletian[38]) vorgeschwebt hat.[39])

Wie sich dies jedoch immer verhalten mag: fest steht jedenfalls, dass unter keiner Voraussetzung die Novelle 99 geeignet ist, die Ribbentropsche Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen zu bestätigen. Man wird vergebens versuchen, das beneficium divisionis auf die Einheit der Korrealobligation zurückzuführen, oder in ihm die Konsequenz einer anderen Korrealitätstheorie zu entdecken. Es beruht vielmehr auf einer nicht römischen Korrealitätstheorie, und kann mithin in der fraglichen Untersuchung überhaupt nicht verwertet werden. —

Wenn wir die Ergebnisse unserer bisherigen Untersuchung überblicken, so finden wir, dass die Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen der positiven Kritik in keinem einzigen der vielen Punkte standhalten konnte, in denen man sie praktisch bestätigt glaubte. Nirgendwo ein Hinweis darauf, dass die römischen Juristen verschiedene Arten der solidarischen Verbindlichkeiten unterschieden. Wenn trotz dieses Standes der römischen Quellen die herrschende Lehre noch immer an der behaupteten Unterscheidung festhält, so ist dies umso weniger be-

---

eigentümliches Beiziehungs- und Teilungsverfahren bei den *ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι* anwenden, bei welchen „*μὴ προςτεθείη τὸ δεῖν καὶ ἕνα τούτων εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι*", da nur auf diese die l. 11 pr. h. t. Anwendung finden konnte.

[38]) l. 1 C. h. t. 8, 39.

[39]) Wir stimmen also in der Sache vollkommen mit Kohler Iherings Jahrbb. 25 S. 121 ff. überein.

greiflich, als die Argumentation, deren Ergebnis die Unterscheidung bildet, für den modernen Juristen ihrer ersten Prämisse entbehrt, der Obligationeneinheit, die ja heute nur noch vereinzelt vertreten wird. Mit dem Siege der Mehrheitstheorie war in Wirklichkeit der ganzen Unterscheidung der Boden entzogen; es ist bedauerlich, dass diese Erkenntnis unseren Romanisten nicht zu teil wurde. Nur von einer begrifflichen Unterscheidung war man zur Unterscheidung in den praktischen Konsequenzen gekommen; weil man die erstere, die man a priori aufgestellt hatte, über jeden Beweis erhaben glaubte, meinte man sich hinsichtlich der letzteren auf die blosse Deduktion, das argumentum e contrario beschränken zu können. Man musste auch zu verschiedenen Rechtssätzen gelangen; denn was wäre das für eine Unterscheidung, die sich nicht in praktischen Unterschieden äusserte? Man hat instinktiv gefühlt, dass mit den einzelnen Unterscheidungssätzen die ganze Lehre verloren gehe und deshalb von Anfang an den Gegnern die Beweislast aufgebürdet. Streng genommen hätte sich unsere Beweisführung darauf beschränken können, die Mängel der Ribbentropschen Argumentation aufzudecken; wir hoffen aber das superfluum geleistet, den Nachweis geführt zu haben, dass der behauptete Unterschied hinfällig ist. Würde man von Anfang an die Beweislast geprüft haben, so würde die Ribbentropsche Lehre widersprochen worden sein, bevor sie die Kraft des Dogmas erhielt. Würde man die Frage nur aufgeworfen haben, wie sich die Sätze, deren Mutter doch ausschliesslich die Einheitstheorie war, mit der Mehrheitstheorie vertragen, so wäre es vermieden worden, dass sich unsere Romanistik zu immer künstlicheren, praktisch unhaltbareren Konstruktionen verstieg, dass sich die Frage in unentwirrbare Aprioristik verwickelte.

Uns obliegt noch die Prüfung der Litiskontestationswirkung. Wir wollen im voraus bemerken, dass uns auch in dieser Beziehung die Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität unbegründet erscheint. Denn selbst wenn zwischen einzelnen Fällen solidarischer Obligationen eine Verschiedenheit hinsichtlich der Wirkung der Litiskontestation im klassischen Rechte bestand, so scheint es uns doch unerweislich zu sein, dass dieselbe auf eine materielle Verschiedenheit der Obligationen, wie diese auch immer begründet werden möge, zurückgeführt werden müsse.

IV. Kapitel.

Die Wirkung der Litiskontestation.

§ 20.

Elektion oder Konsumption?

Die Aufgabe, die Ribbentrop seinen grundlegenden Untersuchungen über die Korrealobligationen stellte, bestand in der Vereinigung verschiedener Fragmente, welche die Wirkung der Litiskontestation auf einzelne Arten von solidarischen, oder, wie man damals unterschiedslos sagte, korrealen Obligationen auf verschiedene Weise behandeln. Während nämlich nach einigen Stellen durch die Litiskontestation mit dem einen Solidarschuldner der andere befreit wird,[1]) geschieht dies nach anderen Stellen erst durch die nach der Litiskontestation oder freiwillig erfolgende Erfüllung der gemeinsamen Verbindlichkeit.[2])

Ribbentrops Versuch, diesen Zwiespalt durch Aufstellung der Obligationeneinheit und — Mehrheit zu beseitigen, bestach; er hatte einen Schein von quellenmässiger Begründung, aber er war vollkommen ungeeignet, die Aufgabe zur Lösung zu führen. So sehr das Buch Ribbentrops prätendiert, die Lösung gefunden zu haben, so sehr kann heute behauptet werden und hätte schon damals erkannt werden sollen, dass davon gar keine Rede war.

Ribbentrop selbst musste darauf verzichten, seine Einheitstheorie auf eine wirkliche, innere Verschiedenheit der beiden Kategorien von Solidarobligationen zu gründen; „auf die Frage, was eigentlich als das entscheidende Moment zu betrachten sei“, bekennt er selbst, keine Antwort zu wissen.[3]) Schon das hätte

[1]) l. 2; l. 16 D. de duob. reis 45, 2; l. 116 D. de V.O. 45, 1; l. 5 D. de fid. 46, 1; l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2; l. 1; l. 14 D. ratam rem 46, 8; l. 28 C. de fid. et mand. 8, 40.

[2]) l. 18 § 1; l. 42 D. de admin. 26, 7; l. 1 §§ 13, 14; l. 15; l. 21 D. de tutelae et rat. distr. 27, 3; l. 2 C. de contr. iud. 5, 58; l. 1 § 43 D. depos. 16, 3; l. 5 § 15 D. commod. 13, 6; l. 52 § 3 D. de fideiuss. 46, 1; l. 14 § 15; l. 15 D. quod metus c. 4, 2; l. 7 § 4; l. 8 D. quod falso tut. 27, 6; l. 3 pr. D. si mensor 11, 6; l. 1 § 13 D. de vi 43, 16; l. 1 § 4 D. de eo 2, 10; l. 1 C. de cond. furt. 4, 8; l. 1 § 10; l. 2; l. 3; l. 4; l. 5 D. qui eff. 9, 3 u. a. m.

[3]) § 16 S. 106.

eine skeptischere Betrachtung seiner Theorie veranlassen sollen, als dieselbe in der Folge gefunden hat. Aber noch mehr: Ribbentrops Theorie versagt, wie jede andere Theorie, gerade da, wo es sich um die Vereinigung der wirklich kritischen Stellen im einzelnen handelt. Es ist Ribbentrop unmöglich, die ll. 5 pr. und 17 D. de noxal. act. 9, 4 mit einander und mit l. 4 §§ 2, 3 D. eodem zu vereinigen; ebenso die berühmte l. 15 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24 mit den Stellen, welche die Gesamtwirkung der Litiskontestation bei Deliktsobligationen negieren; um dem Dilemma, in welches ihn diese Stellen versetzen, zu entkommen, weiss Ribbentrop keinen anderen Weg, als den, welchen er selbst im Eingang seiner Schrift als „gänzlich unhaltbar“ und „äusserst oberflächlich“ bezeichnet hat.[4]) Wenn nämlich in l. 15 § 2 cit. der Jurist bei mehreren dem interdictum quod vi aut clam haftenden Personen erklärt, dass „alterius conventio alterum liberat“, so sieht Ribbentrop darin einen Widerspruch mit der Regelung der Frage bei „anderen Delikten und Malefizien“ und löst die Schwierigkeit mit der Annahme, dass die genannte Wendung nicht auf die prozessualische Konsumption durch die Litiskontestation bezogen werden könne, sondern, da die Römer die Konsumption durch Solutio häufig mit ganz ähnlichen Ausdrücken bezeichneten, von der Erfüllung der Obligation verstanden werden müsse.[5]) Zum Belege führt Ribbentrop die l. 11 § 1 D. ad legem Aquiliam an, in welcher Ulpian von dem Fall, wenn mehrere einen Sklaven getötet haben, ausführe, dass „omnes quasi occiderint teneri Julianus ait et si cum uno agatur ceteri non liberantur,“ worunter er die wirkliche Befriedigung des Klägers begreife, da er fortfahre: „nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.“ Dass diese Argumentation schief ist, ist leicht einzusehen. Ulpian will nichts weiter sagen, als dass die Litiskontestation deshalb nicht befreiend wirken kann, weil nicht einmal die Zahlung von seiten des einen Thäters die anderen befreit. Die befreiende Wirkung der Zahlung soll hier nur die Voraussetzung für die befreiende Wirkung der Litiskontestation bilden; Ribbentrop schiebt dagegen, wie Ascoli mit Recht hervorhebt,[6]) dem Julian die banale Bemerkung unter, dass der Zahlung bei den Obligationen ex lege Aquilia keine Gesamtwirkung zukomme, weil die Erfüllung von

[4]) S. 2, 7.

[5]) S. 102 ff.

[6]) S. 41. Wir werden auf die Stelle noch zurückkommen.

seiten des einen Schuldners den anderen nicht befreie. Ausserdem ist die Ausdrucksweise Julians „si cum uno agatur" so klar, dass diese Worte gar nicht anders, als von der Wirkung der Litiskontestation verstanden werden können.

Auf das nämliche Auskunftsmittel verfällt Ribbentrop bei Besprechung der l. 4 §§ 2 u. 3 D. de noxat. act. Wenn gegen den Eigentümer des Delinquenten detracta noxae deditione geklagt war, lässt Paulus der späteren Klage cum noxa die exceptio rei iudicatae entgegenstehen, „quia res in superius iudicium deducta et finita est". Daher soll auch nach der l. 9 eod., wenn gegen den condominus sciens geklagt war, der condominus nesciens befreit sein. Die l. 17 dagegen lässt den conscius durch die Litiskontestation gegen den nescius nicht befreit werden und ebensowenig erkennt die l. 5 eod. die Befreiung des einen Miteigentümers durch die Litiskontestation mit dem anderen an, wenn beide scientes waren. Ribbentrop [7]) weiss die l. 4 § 3 cit. mit den beiden letztgenannten Stellen nicht anders zu vereinigen, als indem er den Ausdruck „res in iudicium deducta" der l. 4 § 3 „nicht im gewöhnlichen technischen Sinn, sondern „faktisch" nimmt", von einem „sowohl von der prozessualischen Konsumption, als dem positiven Inhalt des Urteils ganz unabhängigen, etwa auf eine Verminderung der Prozesse abzielenden Rechtssatze" versteht. [8]) Diese Argumentation enthält die doppelte Ungeheuerlichkeit, dass ein so typischer Ausdruck, wie die „res in iudicium deducta", seiner technischen Bedeutung beraubt und obendrein der exceptio rei iudicatae zu ihren beiden problematischen Funktionen noch eine dritte aufgebürdet wird, deren Inhalt geradezu unverständlich ist: weder die positive, noch die negative Funktion ist nach Ribbentrop denkbar, und trotzdem diese Einrede, die hier keinen anderen Zweck verfolgt, als sonst auch, nämlich Prozesse zu vermindern, nur in der sonderbaren Weise, dass die Prozesse, die hier abgeschnitten werden sollen, nicht de eadem re geführt werden! Und hinsichtlich der ll. 9 u. 17 weiss Ribbentrop keinen anderen Rat, als sie „von der Befreiung nicht durch den blossen Prozess, sondern von der Erfüllung des Urteils" zu verstehen. [9]) Das ist die Wiederkehr der alten Lehre von der petitio effectualis, die von der Glosse, Bartolus, Ronchegallus, Faber, Castrensis und anderen, sehr zu Ribbentrops Missfallen, vertreten wurde.

[7]) S. 249 ff.
[8]) S. 253, 254.
[9]) S. 250 N. 8.

Ribbentrop war also nicht konsequent. So scharf er sich in seiner Einleitung gegen die mehr oder weniger gewaltsamen Vereinigungsversuche seiner Vorgänger wendet, so sehr sein Programm der Nachweis ist, dass bei den eigentlichen Korrealobligationen die tilgende Wirkung der Litiskontestation „natürlich, ja notwendig sei“,[10]) so wenig hat Ribbentrop sich von aller Vergewaltigung der Quellen freigehalten und so wenig konnte er der Verschiedenheit der Litiskontestationswirkung bei seinen Korreal- und Solidarobligationen eine tiefere Grundlage geben, da die Einheit der ersteren ihm zwar die Gesamtwirkung selbst erklärte, eine Begründung dieser Einheit aber ihm selbst nicht möglich war.

Überdies muss darauf hingewiesen werden, dass Ribbentrops Argumentation im ganzen keineswegs einwandfrei ist. Nachdem er sich bemüht, aus der Einheit der Obligation die gegenseitige Culpahaftung zu erklären und die Negation der gegenseitigen Verzugshaftung damit in Einklang zu bringen; nachdem dadurch das Feld für die Erklärung der Gesamtwirkung der Litiskontestation geebnet ist, geht Ribbentrop an die Erklärung der widersprechenden Stellen.[11]) Mit grosser Gründlichkeit werden die Stellen betrachtet, welche von mehreren solidarisch haftenden Vormündern handeln. Hier wird der Nachweis versucht, dass die einschlägigen Stellen nicht interpoliert sein können und dass daher „nach ausdrücklichen Zeugnissen sowohl, als auch wegen des gänzlichen Mangels aller Spuren vom Gegenteil von mehreren in solidum obligierten Tutoren der eine durch den Prozess mit dem anderen nicht liberiert wurde“.[12]) Hieraus aber schliesst Ribbentrop sofort, „dass die Idee einer strengen objektiven Einheit diesem Verhältnis fremd geblieben sei“.[13]) Welch ein Syllogismus! Für die Korrealobligation wird die Gesamtwirkung aus der — leichthin angenommenen — Einheit der Obligation erklärt; bei der Solidarobligation umgekehrt der Mangel der Einheit aus der Negation dieser Wirkung abgeleitet.[14]) Um logisch zu sein, hätte die Argumentation Ribbentrops sich ganz anders gestalten müssen; er hätte die Litiskontestationswirkung, deren

---

[10]) S. 10.

[11]) §§ 7, 8, S. 40 ff.

[12]) § 9 S. 44 ff.

[13]) S. 58.

[14]) Gerade so, wie wenn ich folgern wollte: die Schwalbe fliegt, weil sie Flügel hat; der Strauss fliegt nicht; also hat er keine Flügel.

Verschiedenheit bei den einzelnen Fällen vorher kritisch zu untersuchen gewesen wäre, bei den Korrealobligationen auf die Einheit zurückführen, denn aus selbständigen Merkmalen den Mangel der Einheit bei der Solidarität darthun müssen, damit aus diesem Mangel die beschränkte Litiskontestationswirkung als notwendige Folge sich ergeben hätte. Nichts von alledem bei Ribbentrop. Der Mangel der Einheit ergibt sich aus der Litiskontestationswirkung; dass später die beschränkte Culpahaftung als Beweis für die Vielheit der Obligationen vorgetragen wird, kann die eingangs fehlerhafte Argumentation nicht sanieren. Muss doch Ribbentrop selbst zugeben, dass, wenn die Obligationen mehrerer Vormünder im einzelnen Falle wirklich auf das Nämliche gerichtet sind, dieses Verhältnis „der Korrealobligation sehr ähnlich sei".[15]) Umsomehr muss es befremden, dass Ribbentrop am Schlusse dieser Erörterung[16]) sich eines weiteren Beweises dafür, dass seine Unterscheidung im römischen Recht begründet sei, überhoben glaubt. Und nachdem es im folgenden ihm nicht gelingt, ein inneres Kriterium für Einheit und Vielheit zu finden, läuft seine Argumentation darauf hinaus, dass die Römer ohne erkennbaren inneren Grund, aber aus einem sehr abstrakten Prinzip, zwei Arten von Solidarobligationen unterschieden und zwei Litiskontestationswirkungen angenommen haben.

Man wird hiernach nicht zu weit gehen, wenn man die Aufgabe, die Ribbentrop sich gestellt hat, als nicht gelöst betrachtet Dennoch wurde seine Theorie sehr bald communis opinio; wenn auch einzelne Schriftsteller an der alten Lehre festhielten, so wurde sie doch gerade von den hervorragendsten Neueren angenommen und fortgebildet. Dass Savigny auf eine Prüfung der Litiskontestationswirkung nicht näher eingeht, vielmehr die Ribbentropsche Lehre als bewiesen voraussetzt,[17]) kann nicht verwundern, da sein Obligationenrecht eine Darstellung des geltenden Rechtes bezweckt. Aber dass in der Folgezeit alle Gegner Ribbentrops, die im Lauf der Zeit immer zahlreicher wurden, an der Teilung festgehalten haben, ist zu verwundern und zu beklagen. Indessen ist schon die Frage nach dem praktischen Zweck der Korrealität, die Savigny aufgeworfen hat,[18]) ein Fortschritt über Ribbentrop hinaus, und noch bedeutungsvoller ist die von Brinz

[15]) S. 71.
[16]) S. 83 ff.
[17]) Obligationenrecht I S. 180 ff., S. 202, 203.
[18]) S. 215.

gestellte Frage nach dem praktischen Zweck der Ribbentropschen Unterscheidung.[19]) „Ist Sicherung des Gläubigers der Zweck der Korrealität, warum dann Korrealität und nicht lieber Solidarität, die diesem Zweck in ungleich höherem Masse zu dienen geeignet ist?" Leider hat Brinz die richtig gestellte Frage in unbefriedigender Weise beantwortet.[20]) „Nicht als Produkt eines Formalismus, sondern aus Erwägung der Sache selbst ist die Unterscheidung entsprungen". Fragen wir aber nach dieser Erwägung, so können wir die Bemerkung nicht zurückhalten, dass Brinz seine Antwort ebenso wie Ribbentrop, nicht aus praktischen Gründen, sondern aus begrifflichen, aprioristischen Erwägungen schöpft, worin für die weitere Ausgestaltung der Lehre eine grosse Gefahr lag. Brinz betrachtet die Vorgänge, welchen bei den „wirklichen" Korrealobligationen Gesamtwirkung zukommt, und die, welche die Obligationen der Mitschuldner unberührt lassen, und erkennt darin als scheidendes Prinzip, dass erstere Handlungen, letztere Ereignisse sind. Handlungen wirken auf alle Korrei, weil einer durch den anderen vertreten wird, weil sie m. a. W. auf alle wirken sollen; Ereignisse beschränken ihre Wirkung auf den Korreus, in dessen Person sie eintreten, weil bei ihnen eine Vertretung nicht denkbar ist. Vertretung aber ist der Stoff, aus dem bei Einheit der Obligation die Mehrheit der Schuldner sich ergibt, während bei der Solidarität nicht Vertretung der Schuldner, sondern blosse Identität der Haftungen das begriffbildende Moment ist.

Auch wir haben als das wesentliche Moment der Solidarität die Identität mehrerer Obligationen erkannt. Unsere Kritik wendet sich daher nicht gegen die Brinzsche Auffassung der Solidarität, sondern der Korrealität; wir haben in dieser Richtung schon ausgeführt, dass Vertretung nicht zur Einheit, sondern zur Mehrheit, und zwar zur doppelten Mehrheit der Obligationen führen muss.[21]) Infolgedessen ist die Obligationen*einheit* von Brinz jedenfalls nicht erwiesen. Indessen soll diese prinzipielle Frage hier nicht näher behandelt werden; es sei nur konstatiert, dass die Frage, die Brinz so vielversprechend gestellt hat, nicht in der erwarteten und erforderlichen Weise beantwortet wurde; auch Brinz operiert mit formellen Gründen und kann deshalb nicht zur Erkenntnis der praktischen Motive, die das römische

[19]) Krit. Bl. IV S. 7, 8.
[20]) eod. S. 29 ff.
[21]) Vgl. auch Baron § 17.

Recht zu der behaupteten Zweiteilung geführt haben müssten, gelangen. Niemand wird durch Brinz davon überzeugt worden sein, dass es dem römischen Recht unmöglich war, die Korrealität als Solidarität zu entwickeln. Noch mehr: befruchtend hat Brinz gewirkt, aber nicht zum Vorteil der Lehre. Das zeigt die Betrachtung der folgenden Litteratur: Erklärung der Ribbentropschen Unterscheidung ist die Parole, Nachprüfung derselben eine für die meisten überflüssige Aufgabe. So gelangt man zu jenem Meer von Theorien, die alle die Ribbentropsche Unterscheidung voraussetzen, um zu konstruieren, nicht um zu beweisen.

Trotzdem auch Fittings Buch über die Korrealobligationen auf dieser Methode beruht, hat es einen entscheidenden Schlag gegen die communis opinio geführt, indem es, abgesehen von den vielen eingehenden Untersuchungen einzelner Fragen, zuerst das punctum saliens, die Wirkung der Litiskontestation, von einem neuen Gesichtspunkt betrachtet, und an die Stelle des Einwurfs früherer Gegner, dass die behauptete Einheit nicht denkbar sei, den anderen Einwurf gestellt hat, dass die Einheit nicht im stande sei, die Litiskontestationswirkung zu erklären. Ja schon die Frage, wie der Vorgang der Befreiung durch die Litiskontestation zu denken sei, bedeutet einen beträchtlichen Fortschritt. Bis dahin hatte man sich begnügt, die Befreiung auf die Prozesskonsumption zurückzuführen; daher die Einheitstheorie, aus der allein sich diese Wirkung begründen lassen wollte. Fitting hat zuerst erkannt, wie problematisch diese Begründung war,[22]) und die von ihm aufgeworfene Frage ist, wenn sie auch nicht von ihm selbst beantwortet wurde, die brennende Frage für die ganze spätere Litteratur geblieben.

Mit dieser Frage haben auch wir uns im folgenden zu beschäftigen.

Fittings Einwendungen gegen die herrschende Lehre bestehen darin, dass die Prozesskonsumption in das Justinianische Recht gar nicht übergegangen sei, während die Gesamtwirkung der Litiskontestation noch im justinianischen Recht bestanden habe, so dass unerklärt bleibe, warum die Gesamtwirkung, wenn sie auf der prozessualischen Konsumption beruhte, nicht mit dieser in Wegfall gekommen sei, sondern der Aufhebung durch ein besonderes Gesetz bedurft habe; ferner dass die Obligationeneinheit nicht geeignet sei, die Gesamtwirkung der Litiskontestation

[22]) S. 58 ff.

zu erklären, weil die prozessualische Konsumption die Identität der Prozessparteien voraussetze.

Gegen den ersten Einwurf hat man nichts weiter einzuwenden vermocht, als dass die vollständige Beseitigung der prozessualen Konsumption im justinianischen Recht keineswegs feststehe[23]) und dass in den Quellen selbst die Gesamtwirkung der Litiskontestation auf die Prozesskonsumption zurückgeführt werde.[24]) Jedenfalls will das erste dieser beiden Momente nicht viel bedeuten. Wie man auch über die exceptio rei iudicatae als Organ der Prozesskonsumption denken mag, so ist doch soviel sicher, dass die exceptio rei in iudicium deductae, mag sie nun eine selbständige Einrede oder, wie Lenel annimmt, nur einen Teil einer solchen bilden, im justinianischen Rechte nicht mehr vorkommt und dass daraus, dass kein Gesetz über ihre Abschaffung ergangen ist, geschlossen werden kann, sie habe schon vor Justinian ihre praktische Bedeutung verloren.[25]) Schwerer scheint uns dagegen der andere Einwand zu wiegen.

In der That wird nach den Quellen die Gesamtwirkung der Litiskontestation auf „eadem pecunia", also wohl auch „eadem res" zurückgeführt;[26]) von mehreren Korrealgläubigern führt einer „totam rem in iudicium",[27]) eine Ausdrucksweise, die möglicherweise auf die exceptio rei in iudicium deductae hinweisen soll, welche „tacite continere videtur omnes personas, quae rem in iudicium deducere solent".[28]) Kein Argument kann dagegen m. E. aus der l. 5 i. f. D. de fid. 46, 1 gegen Fitting entnommen werden; denn wenn dieser Stelle zufolge die Natur der Korrealobligation darin besteht, „ut cum altera eorum in iudicium deduceretur, altera consumeretur", so ist damit nichts weiter gesagt, als dass die andere Obligation zerstört wird; dass diese Zerstörung auf der Prozesskonsumption beruht, ergibt der Ausdruck „consumere" keinesfalls;[29]) eher möchte daraus, dass „altera in iudicium deducitur" geschlossen werden, dass der Untergang der anderen Obligation nicht auf die Prozesskonsumption zurückzuführen sei, und die l. 11 § 7 D. de exc. rei iud. 44, 2 scheint

[23]) Samhaber S. 95.
[24]) Windscheid krit. Vierteljahrsschr. III S. 173.
[25]) Savigny I S. 182; Samhaber S. 95.
[26]) l. 2 D. h. t. 45, 2.
[27]) l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2; vgl. l. 18 D. de O. et A. 44, 7.
[28]) l. 4 D. de exc. rei iud. 44, 2; Brinz krit. Vierteljahrsschr. XVI S. 9 f.
[29]) Vgl. Krüger, prozess. Konsumtion S. 100 zu N. 5.

durch ihr Stillschweigen diese Auffassung zu bestätigen. Indessen muss gegen diese Stellen bemerkt werden, dass in der l. 11 § 7 cit. nur Vertretungsverhältnisse behandelt werden, so dass deshalb für die duo rei kein Raum war[30]) und dass anderseits die Zurückführung der Gesamtwirkung auf die Prozesskonsumption bei genauer Prüfung gar nicht voraussetzt, dass die getilgte Obligation selbst in iudicium deduziert wurde. Denn in iudicium deducere heisst wörtlich ein Prozessverhältnis begründen; davon ist aber nur die Rede bezüglich der Obligation des Beklagten, ohne dass diese deductio unfähig wäre, über das begründete Prozessverhältnis hinaus materielle — nicht prozessuale — Wirkungen zu äussern. Dagegen scheint mir die Auffassung Fittings widerlegt zu werden durch die l. 21 § 4 D. de exc. rei iud:

> Pomponius libro XXXI ad Sabinum: Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata,[31])

welche dem Bürgen die exceptio rei iudicatae in ausgesprochen negativer Funktion gewährt und damit kaum einen Zweifel darüber bestehen lässt, dass auch der paritätische Korrealschuldner durch die prozessualische Konsumption befreit wird.[32]) Auch die l. 1 § 24 D. de exercit. act. 14, 1 weist auf die prozessuale Konsumption hin.

Auch dem zweiten Einwand Fittings wird man keine unbedingte Berechtigung zuerkennen dürfen. Er trifft nur die Argumentation Kellers, welcher die Prozesskonsumption nur auf ein formelles Moment, die Identität der Intentio zurückführen wollte.[33]) Weit tiefer freilich, als dieser hat Bekker das Wesen der Prozesskonsumption erfasst, als ihre Grundlage die eadem res der XII Tafeln herausgestellt und dargelegt, dass die Identität der Prozessparteien wohl eine regelmässige, aber keine notwendige Voraussetzung dieser eadem res bildet.[34]) Wenn man jedoch

---

[30]) Vgl. Brinz krit. Vierteljahrsschr. XVI S. 11 f. M. E. liegt jedoch in l. 11 § 7 cit. ein Argument gegen die Brinzsche Vertretungstheorie.

[31]) Über den Widerspruch mit l. 84 D. de sol. 46, 3 vgl. Mandry, Familiengüterrecht II S. 266 ff.

[32]) Dass die Stelle nicht von der als exc. rei cohaerens (l. 7 § 1 D. de exc. 44, 1) dem Bürgen zustehenden exc. rei iud. des Hauptschuldners handelt, s. bei Geib, Bürgschaftsrecht S. 131 ff., 133.

[33]) Vgl. Samhaber S. 96.

[34]) Prozessualische Konsumption §§ 16, 17.

diese heute wohl unbedingt anerkannte Lehre gegen Fitting ausgespielt hat, so war damit der Lehre Ribbentrops wenig geholfen. Denn sobald man sich auf den Boden der Bekkerschen Lehre stellte, war dem Gedankengang Kellers und Ribbentrops der Boden völlig entzogen. Man muss bedenken, dass die Lehre von der Einheit der Korrealobligation die Litiskontestationswirkung bei den Korrealobligationen damit erklären wollte, dass die Litiskontestation nach Gaius ein Obligationstilgungsmodus ist. Die Einheit erklärt nichts, da sie über das regelmässige Erfordernis der Personenidentität nicht hinwegführen kann; sie ist überflüssig, weil Bekkers Konsumptionstheorie sie entbehrlich macht. Aber all dies richtet sich nur gegen die Einheitstheorie, nicht gegen die Zurückführung der Litiskontestationswirkung auf die Prozesskonsumption. Auch wir sind der Meinung, dass die Personenidentität keine unentbehrliche Voraussetzung der Konsumption, dass sie insbesondere keinen Bestandteil der Exceptionsformel bildete, sondern Resultat der Interpretation der eadem res war.[35]) Auch wir glauben, dass Kellers Argumentation, dass sich aus e i n e r Obligation auch nur e i n dare facere oportere ergeben könne, insofern verfehlt ist, als das dare f. op. immer nach der Person des Schuldners absolut verschieden ist; auch wir halten Fittings Einwand gegen Ribbentrop [36]) für begründet, denn wenn einerseits anerkannt wird, dass das römische Recht die Regel „res iudicata ius facit inter partes“ mit grosser Strenge festgehalten habe, und anderseits doch aus der Einheit der Obligation unter gänzlicher Ignorierung des „inter partes“ auf die Rechtskraft bei den Korrealobligationen geschlossen wird, so ist dies in der That ein verfehltes Beginnen. Aber das Ergebnis ist dabei immer nur das, dass einerseits Keller-Ribbentrops Formulierung nichts nützt, anderseits Fittings Argumente nichts gegen die Prozesskonsumption beweisen.

Das Nämliche gilt von den weiteren Einwänden Fittings. Der erste richtet sich gegen die Möglichkeit der Konsumption: Nach Keller lautet die Intentio immer nur auf den Namen des belangten Korrealschuldners; [37]) folglich kann, da immer nur der Inhalt der Intentio konsumiert wird, nur das „Gaium“, nicht das

---

[35]) Vgl. Eisele, Abhandlungen a. d. röm. Civilpr. S. 111 ff.; Ascoli S. 87 ff., u. a. Abw. Lenel, edict. S. 403 f.

[36]) Fitting S. 63.

[37]) Litiskontest. u. Urteil S. 418, 441 f.

„Maevium d. f. oportere“ konsumiert werden. Karlowa [38]) hat deshalb eine Intentio angenommen, welche die beiden Schuldner enthält [39]) und gemeint, dass bei solcher Fassung die Konsumption der einen Klage durch die andere verständlich sei, dass man dagegen bei der Kellerschen Fassung mit Recht fragen müsse, wie ein iudex dazu kommen sollte, solche Intentionen auch nur objektiv für identisch zu halten. M. E. ist diese Argumentation nicht haltbar. So wenig ich verkenne, dass Kellers Behandlung der Frage fehlerhaft ist, so muss ich doch bemerken, dass mir die Fehler in der Argumentation, nicht in der Fassung der Intentio zu beruhen scheinen. Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit; ich frage, wie ein römischer Prätor dazu kommen konnte, in die Intentio etwas aufzunehmen, was über des Klägers desiderium offensichtlich hinausging. Und schon Keller hat zugegeben, dass die Identität der Intention wohl ein sicheres Kennzeichen, aber keineswegs eine notwendige Bedingung gegenseitiger Konsumption bildet. [40]) Wenn wir uns insbesondere eine unpersönlich gefasste exceptio rei in iudicium deductae und iudicatae denken, so besteht gar kein Grund, die Intentio Karlowas zu acceptieren, wie diese anderseits gegenüber der persönlich gefassten exceptio „si ea res in iudicium deducta non est inter Negidium et Aulum“ Lenels unbehilflich sein würde. Es weist vielmehr der Umstand, dass das Erfordernis der Personenidentität nur Interpretationsprodukt der eadem res ist, [41]) darauf hin, dass dann, wenn über die Personenidentität hinaus Identität der res angenommen wurde, dies nicht durch Aufnahme der sämtlichen Personen in die Formel vermittelt werden konnte. Und die l. 5 pr. i. f. D. de fideiuss. 46, 1 verbis „ut cum altera in iudicium deduceretur“ scheint uns mit der Formel Karlowas schlechterdings nicht vereinbar zu sein. Die Gesamtkonsumption tritt nach den Quellen also als Folge der Litiskontestation über nur eine Verpflichtung ein, während Karlowas Formel voraussetzen würde, dass die Parteien in iure auch über die Obligationen der anderen Korrei verhandelten, ein Modus, der nur dann denkbar wäre, wenn der Beklagte oder klagende Korreus seine Mitschuldner und Mitgläubiger „defen-

---

[38]) R. Rechtsgesch. II S. 724.

[39]) S. p. Sempronium eadem centum quae Maevius dare promisit, Titio dare oportere.

[40]) S. 445.

[41]) Vgl. auch Bekker, proz. Kons. S. 43 ff., 210, 214 ff.

dierte“, welche Auffassung den römischen Juristen entschieden fremd war. Insbesondere bei der aktiven Korrealität, wo nicht Wahrung, sondern Ausschliessung der konkurrierenden Rechte den Zweck und Inhalt der Klage bildet.[42]) Endlich ist Karlowas Einwurf deshalb nicht begründet, weil der iudex das Recht zu kennen und auf den Thatbestand der Intentio anzuwenden hat. Er muss wissen, ob eadem res vorliegt — im zweiten Prozess! — und ebenso, wie nicht für die Successoren einer Partei in weiser Fürsorge für die Zukunft dadurch eine eadem res fabriziert wurde, dass man in die Formel die Successoren aufnahm, es vielmehr dem Richter überliess, aus der Thatsache der successio den rechten Schluss auf die eadem res zu ziehen, war die Feststellung der eadem res bei der Korrealität dem Richter überlassen. Nicht um Interpretation einer Intentio konnte es sich handeln, sondern einer exceptio.[43])

Diese Bemerkungen können freilich Fittings Ansicht nicht als begründet erscheinen lassen. Es ist jedenfalls möglich und nach den Quellen sehr wahrscheinlich, dass die Befreiung der Korrealschuldner auf der Klagenkonsumption beruht.

Ein weiteres Argument gegen diese Annahme glaubte Fitting darin zu erblicken,[44]) dass das in iudicium deduzierte Schuldverhältnis auch nach der Litiskontestation als Naturalobligation bestehen bleibt; während die Obligation des nicht belangten Korreus nach Fitting vollständig untergeht. Das ergibt sich für Fitting aus der Ausdrucksweise der Quellen, liberari, eligi obligationem tolli, perimi, solvi — sowie daraus, dass bei der aktiven Korrealobligation der Schuldner nach der Litiskontestation mit dem einen Korrealgläubiger nicht mehr an den anderen zahlen kann. Dass hiernach die Litiskontestation auf den nicht klagenden oder nicht beklagten correus eine stärkere Wirkung äussert, als auf den Kläger und den Beklagten, ist mit der prozessualischen Konsumption nicht vereinbar. Dies beruht vielmehr auf der eigentümlichen Gestaltung der römischen Korrealität als subjektiv-alternativer Obligation, insofern die

---

[42]) Vgl. l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2.

[43]) Unbehilflich will es uns auch scheinen, dass Karlowa auf die Übereinstimmung zwischen stipulatio u. intentio verweist. Landucci S. 115 weist mit Recht darauf hin, dass wenn diese strikt erforderlich wäre, eine Präskription nötig sein würde, um die Einklagung eines Teiles zu ermöglichen. Vgl. auch l. 93 D. de solut. 46, 3: sibi dari oportere.

[44]) S. 67 ff.

Gesamtwirkung der Litiskontestation auf die in der Klage enthaltene Elektion eines Schuldners zurückzuführen ist.

Was man gegen diese scharfsinnige Argumentation vorgebracht hat, ist höchstens ausreichend, sie als ungewiss erscheinen zu lassen; eine schlagende Widerlegung hat sie bisher noch nicht gefunden. Windscheids Einwendungen[45]) beschränken sich im wesentlichen auf Fittings Auffassung der alternativen Obligation und der Korrealität als Pendenzverhältnisse, weshalb auf sie nicht näher eingegangen werden kann. Man hat ferner darzulegen versucht, dass in der That auch der „electione" befreite Korrealschuldner naturaliter verpflichtet bleibt, und darauf hingewiesen, dass „liberari" nicht stets auf Befreiung ipso iure geht.[46]) U. E. vermögen die einzelnen Stellen nur die Notwendigkeit der Fittingschen Argumentation zu entkräften; unter dieser Beschränkung verweisen wir auch noch auf Gaius III. 180:

> „Tollitur autem obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum".

Wenn eine „obligatio sublata" als Naturalobligation fortdauert, so scheint Fittings Schluss trotz der zahlreichen Stellen, die er aufbietet,[47]) in der That nicht beweisend.

Fitting verweist ferner auf l. 16 D. h. t. 45, 2, um darzuthun, dass die Litiskontestation den nicht belangten Korreus, ohne eine Naturalobligation zurückzulassen, befreien müsse. Dagegen hat Baron[48]) geltend gemacht, dass dort nicht Zahlung, sondern Zahlungsangebot in Frage stehe, und dass nur dieses für wirkungslos erklärt werde. Man kann dagegen darauf verweisen, dass die Stelle von der mora handelt. Angebot der Zahlung an den ausgeschlossenen Korrealgläubiger enthält keine purgatio morae. Doch wohl nur deshalb, weil nicht nur offerendo, sondern auch solvendo der Schuldner „nihil agit", weil der Korreus praeventus seine Obligation voll und ganz verloren hat. Baron sucht allerdings nachzuweisen, dass die Versagung der purgatio morae in der l. 16 gerade die Existenz einer Naturalobligation zur Voraussetzung hat; wie mir scheint, mit wenig Glück. Denn dass der Schuldner gerade durch Anbieten

---

[45]) Krit. Vierteljahrsschr. I S. 513 ff.

[46]) Eisele, Archiv 77 S. 413 (l. 60 D. de fid. 46, 1; l. 18 § 3 D. de pec. cond. 13, 5), Krüger, proz. Kons. S. 94.

[47]) Fitting S. 68 ff.

[48]) S. 278, 366 ff.

seiner Leistung an den nicht klagenden Gläubiger sich nicht von der mora purgieren könne, scheint mir eben nur dann „selbstverständlich“ zu sein, wenn er nicht mehr an diesen Gläubiger leisten kann. Auch steht es keineswegs fest, dass vor der Klageerhebung der Schuldner sich „alteri offerendo“ von der mora nicht reinigen könne. Ist doch die Mahnung des einen Gläubigers für den anderen gänzlich belanglos, ist es doch zweifellos, dass auch nach dieser Mahnung der Schuldner noch an den anderen Gläubiger zahlen kann.

Wir würden daher in der l. 16 cit. einen Beleg für Fittings Auffassung finden können. Ob aber ein Schluss von der aktiven auf die passive Korrealobligation ohne weiteres zulässig ist, will doch recht fraglich scheinen.

Dagegen möchten wir in diesem Zusammenhang auf die l. 60 D. de fideiuss. 46, 1 verweisen:

> Scaevola libro primo responsorum: Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit: cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum.

Fitting hat in Bezug auf die Stelle bemerkt,[49]) dass aus ihr zu folgern wäre, der Bürge hafte trotz der Litiskontestation bis zur Befriedigung des Gläubigers weiter; allein darin könnte ein Argument nur gegen die Annahme, dass die Litiskontestation eine Naturalobligation zurücklasse, gefunden werden. Überdies scheint es uns fraglich, ob die verschiedene Kraft der Litiskontestation gegenüber dem beklagten und dem nicht beklagten Korreus, wenn sie nachgewiesen wäre, wirklich gegen die Zurückführung der Gesamtwirkung auf die Prozesskonsumption beweisen könnte; denn welche Bedeutung hat es, dass die Litiskontestation eine Naturalobligation bestehen lässt? Die von den Römern nirgends ausdrücklich anerkannte Naturalobligation äussert sich darin, dass die nach der Litiskontestation gemachte Zahlung nicht zurückgefordert,[50]) dass mit dem konsumierten Anspruch noch kompensiert werden kann[51]) und dass die Accessionen, soweit sie nicht obligatorischer Natur sind, bestehen bleiben.[52]) Alle drei Funktionen der angeblichen Natural-

[49]) S. 67.
[50]) Bekker, proz. Kons. S. 285 ff.
[51]) Bekker S. 286.
[52]) Bekker S. 287 f.

obligation wollen nicht viel bedeuten. Wenn der verus debitor trotz der Freisprechung naturaliter verpflichtet bleibt, so lässt dies eine Vergleichung mit dem nicht belangten, aber trotzdem durch die Litiskontestation befreiten Korreus nicht zu. Für den Beklagten tritt immer eine Obligation an die Stelle der durch die Prozesskonsumption untergegangenen; die Obligation condemnari oportere ist inhaltlich mit der dare oportere identisch, wie eben daraus hervorgeht, dass noch nach der Litiskontestation geleistet werden kann,[53]) genau so, wie inhaltliche Identität geradezu die Voraussetzung der Novation bildet. Über die Obligation condemnari oportere aber ergeht das Urteil, und fraglich war für die römischen Juristen nicht, was die Litiskontestation, sondern der ungerechte Freispruch bewirke. Von dieser Wirkung aber kann deshalb gegenüber dem nicht belangten Korreus keine Rede sein, weil seine dare oportere gar nicht an der Verwandlung in die Prozessobligation teilgenommen hat.[54])

Wenn also, was zudem bestritten ist,[55]) das Urteil über die Obligation des einen Korreus eine Naturalobligation bestehen lässt, so wird dies jedenfalls durch die Prozessobligation vermittelt. Dagegen besteht nicht der mindeste Anhalt dafür, dass die Obligation „dare oportere" des belangten Korrealschuldners nicht ebenso absolut untergegangen wäre wie die des nicht belangten.

Was die Zulässigkeit der Kompensation betrifft,[56]) so liegt die Sache ganz ebenso: die Prozessobligation ist als das Mittel der Kompensation zu erachten. Insofern kann geradezu die Behauptung Fittings, dass die Litiskontestation dem nicht belangten Korreus gegenüber eine stärkere Wirkung äussere, als gegen den Beklagten, auf den Kopf gestellt werden: die Wirkung ist vielmehr im Gesamtergebnis schwächer, da die zerstörliche Wirkung die nämliche ist, die begründende Wirkung aber nur gegen den Beklagten eintritt.

---

[53]) Vgl. Gaius IV, 114.

[54]) S. l. 60 D. de cond. ind. 12, 6. Ebenso die l. 28 eod. Dass die l. 8 § 1 D. ratam rem haberi nicht auf ein zu Unrecht ergehendes Urteil zu beziehen ist, darüber s. Keller S. 159; Vangerow I S. 276. l. 50 § 2 D. de pec. 15, 1 hat mit dieser Frage nicht das Mindeste zu schaffen.

[55]) Vgl. statt aller Vangerow I § 173 Anm. Windscheid I § 129 N. 7 und dort Citierte.

[56]) l. 8; l. 18 pr. D. de compens. 16, 2.

Für die Existenz einer Naturalobligation beweist auch der Umstand nichts, dass nach der Klagerhebung Bürgen und Pfänder bestellt werden können;[57]) denn auch dies wird durch die Prozessobligation ermöglicht. Schwieriger liegt die Sache insofern, als die vor der Litiskontestation bestellten Pfandrechte bestehen bleiben.[58]) Allein einerseits gehen die persönlichen Accessionen durch die Klagerhebung unter,[59]) und anderseits kann die fragliche Erscheinung gerade darauf beruhen, dass die frühere Obligation in der Prozessobligation naturaliter enthalten war, wie anderseits die Befreiung der Bürgen nicht auf die accessorische, sondern auf die korreale Haftung derselben zurückzuführen ist.

Wie es sich also auch mit der Naturalobligation post litem contestatam verhalten mag, immer erscheint die Wirkung der Litiskontestation dem beklagten Korreus gegenüber als die stärkere, weil sie ihm gegenüber eine begründende Funktion hat, die natürlich der nicht in iudicium deduzierten Obligation gegenüber in Wegfall kommt. Mit dieser Wahrnehmung verliert Fittings Argumentation ihre beste Stütze: die zerstörende Wirkung der Litiskontestation ist gegenüber allen Korrealschuldnern die gleiche. Überdies würde uns selbst der Nachweis nicht eines anderen belehren, dass die angebliche Naturalobligation nicht durch die Prozessobligation erklärt werden könne. Für unsere juristische Denkungsweise ist die Naturalobligation etwas Juristisches; dem Römer war sie die Negation des Juristischen. An sie hat er einzelne Rechtsfolgen angeknüpft; aber die Vorstellung, dass eine Obligation im Rechtssinne vorhanden sei, die nur der Klage entbehre, ist nicht römisch. Wenn daher der Römer bei dem einen Korreus die Naturalobligation angenommen, beim anderen verneint hat, so würde sich dies hinreichend daraus erklären, dass der Prätor keine Veranlassung fand, den electus naturaliter forthaften zu lassen, da es Sache des Gläubigers war, den geeigneten Schuldner zu ermitteln.[60])

Entscheidend aber, das wiederholen wir, scheint uns gegen Fitting die l. 21 § 4 D. de exc. rei iud. zu sprechen.

Diese Stelle beweist wohl auch, dass die Meinung Fittings,

[57]) l. 8 § 3 D. de fid. 46, 1; l. 50 § 2 D. de pec. 15, 1; Geib, Bürgschaftsrecht S. 24 ff.

[58]) l. 27 D. de pign. 20, 1; l. 13 § 4 eod.; l. 11 pr. § 1 D. de pign. act. 13, 7, anderseits l. 13 D. quib. mod. 20, 6.

[59]) Bekker S. 287.

[60]) Vgl. Krüger, proz. Kons. S. 95.

es trete die Befreiung des nicht belangten Korreus in allen Fällen ipso iure ein,[61]) nicht haltbar ist. Seiner Beweisführung, die sich auf das Wörtlein „liberari“ beschränkt, kann überdies noch das „qui exceptione perpetua se tueri potest, solutum repetit et ideo non liberatur“ [62]) entgegengehalten werden, da in dieser Stelle der Schuldner nur deshalb nicht befreit wird, weil er schon befreit ist, nämlich exceptione,[63]) und dass in anderen Stellen, obwohl nur eine praescriptio temporis der Klage entgegensteht, der Schuldner „liberatus“ genannt wird.[64]) Auch l. 9 D. de noxal. act. 9, 4 und l. 32 D. de peculio 15, 1 lassen ersehen, dass die Litiskontestation mit dem einen im Grunde die nämliche Wirkung auf alle Korrealschuldner äusserte, wie dass anderseits auch der Beklagte selbst als litiscontestatione liberatus betrachtet wurde.[65])

Wenn wir demnach Fittings Polemik gegen die Zurückführung der Gesamtwirkung auf die Prozesskonsumption als unbegründet erachten, so beabsichtigen wir doch nicht, seine Korrealitätstheorie deshalb als widerlegt zu bezeichnen. Soll wirklich die Konsumption zur Elektion in Gegensatz stehen? Wir können die Notwendigkeit dieses Gegensatzes nicht einsehen. Dass die Befreiung der Korrealschuldner durch die Konsumption eintrat, erachten wir als bewiesen. Aber fraglich ist dann, was die Folge dieser Befreiung in Hinblick auf den Obligationsbegriff ist. Unseres Erachtens ist die Konsumption die Grundlage für die Elektion; weil erstere eintritt, hat die Korrealität Ähnlichkeit mit der Alternativobligation, was umsomehr in die Augen fällt, je weiter wir uns von Fittings Auffassung der alternativen Obligationen entfernen. Fittings Fehler

---

[61]) S. 34.

[62]) l. 34 § 11 D. de sol. 46, 3.

[63]) Ebensowenig beweisen für Fitting ll. 32 § 1 D. de cond. ind. 12, 6; 38 § 1, 54, 96 § 2 D. de sol. 46, 3; Gai. II, 84.

[64]) l. 10 pr. D. de feriis 2, 11; vgl. l. 45 D. de admin. 26, 7.

[65]) „alterum quoque liberat“ l. 9 cit.; omnes heredes liberabuntur l. 32 cit. — Baron sucht umgekehrt nachzuweisen (S. 366 f.), dass auch für den nicht belangten Korreus eine Naturalobligation bestehen bleibt. Seine Argumentation aus der l. 28 C. de fideiuss. 8, 40, das „sed manere ius integrum“ weise auf die Naturalobligation hin, da anderenfalls Justinian hätte schreiben müssen „sed manere ius“ ist für die Ausdrucksweise Justinians zu subtil. Dagegen könnte man im § 2 dieser Konstitution „praeiudicium fieri“ ein weiteres Argument gegen Fitting erblicken, indem darin ein Hinweis auf die exceptiones rei in iudicium deductae und iudicatae enthalten sein möchte.

beruht darin, dass er die Gesamtwirkung der Litiskontestation auf den konstruierten Begriff der elektiven Haftung zurückführt, während von jeher die Wissenschaft von einzelnen Sätzen zum Begriffe hinaufgestiegen ist. Als das zeitlich und organisch Primäre müssen wir die Wirkung der Litiskontestation betrachten, um von ihr zur elektiven Haftung zu gelangen. Nur so scheinen uns die Quellen mit sich im Einklang zu stehen, wenn sie einerseits die von Fitting abgelehnte Gesamtkonsumption eintreten lassen, anderseits Fittings Elektionstheorie an vielen Orten geradezu bestätigen. —

Insofern scheint es mir auch ziemlich belanglos, ob die Befreiung der übrigen Korrealschuldner durch exceptio rei in iudicium deductae erfolgte. Dass sie in den Quellen nicht erwähnt ist, kann unschwer mit ihrer absichtlichen Ausmerzung erklärt werden; überdies wird sie bei dem Hauptfalle der Korrealität kaum in Betracht gekommen sein, da duo rei promittendi immer mit der formula in ius concepta belangt wurden und in der älteren Zeit, die wohl für die Gestaltung des Institutes die massgebende war, infolgedessen die Konsumption ipso iure eintreten musste.[66])

Die an die Spitze dieses Paragraphen gestellte Frage: Elektion oder Konsumption beantworten wir demnach mit: Elektion durch Konsumption. Hieran würde sich die weitere Frage reihen, wie die Erstreckung der Konsumption über die Prozessparteien hinaus auf die Mitschuldner des Beklagten begründet werden kann. Wir lassen diese Frage jedoch einstweilen beiseite, um erst die Fälle festzustellen, in welchen nach dem klassischen Recht der Römer die Gesamtkonsumption eintrat. Alsdann werden wir der Ursache dieser Erscheinung näher treten, um zum letztenmale die Frage nach der Berechtigung der Ribbentropschen Unterscheidung aufzuwerfen.

§ 21.

Gesamtwirkung der Litiskontestation.

Dass im vorjustinianischen Recht die Litiskontestation mit dem einen reus promittendi den anderen befreite, ist durch l. 2

[66]) Vgl. Eisele Archiv 77 S. 413. Beifallswürdig und einleuchtend ist auch seine Bemerkung, dass die Gesamtwirkung der Litiskontestation in eine Zeit

D. de duobus reis 45, 2 und l. 28 C. de fideiuss. 8, 40 ausser Zweifel gestellt. Das nämliche gilt von den solidarisch haftenden Mitbürgen und für Bürgen und Hauptschuldner. Über die Wirkung der Litiskontestation bei Korrealobligationen aus anderen Verträgen besitzen wir keine direkten Quellenzeugnisse; doch wird mit der herrschenden Lehre anzunehmen sein, dass in dieser Beziehung keine Verschiedenheit bestand. Einen mittelbaren Beleg für diese Ansicht finde ich in l. 47 D. locati 19, 2: „quamquam fortasse iustius sit etiam, si solvendo omnes erunt, electionem conveniendi quem velit non auferendam actori“ .....

Bei der testamentarischen Korrealität wird dagegen die befreiende Wirkung der Litiskontestation ausdrücklich verneint:

> l. 8 § 1 D. de leg. I°. Pomponius libro II ad Sabinum: Si ita scriptum sit: „Lucius Titius heres meus aut Maevius heres meus decem Seio dato“, cum utro velit, Seius aget, ut si cum uno actum sit et solutum, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. Quid ergo si ab altero partem petierit? liberum cui [1]) erit ab alterutro reliquum petere, idem erit et si alter partem solvisset.

Dass die Stelle auf Grund der l. 28 C. de fideiuss. interpoliert ist, ist allgemein anerkannt. Dass die l. 28 nur von rei p r o m i t t e n d i spricht, steht dieser Annahme nicht entgegen, da solche alternativ Onerierte geradezu duo rei promittendi genannt werden. [2]) Dagegen wird dieselbe durch den Inhalt der Stelle geradezu herausgefordert, sowohl durch die Gleichstellung der Erben mit den duo rei promittendi, denen gegenüber das „si cum uno actum sit et solutum, alter liberetur“ für das klassische Recht keine Berechtigung besitzt, als auch wegen der Frage „quid ergo si partem petierit“, — kann dann noch der andere Erbe belangt werden?, welche sich mit der Konsumption beschäftigt und zur Voraussetzung hat, dass sich das Vorhergehende gleichfalls auf die Konsumption bezog. Konsequenterweise hätten die Kompilatoren auch diesen zweiten Satz ändern

zurückreichte, in der man den Begriff der Naturalobligation noch nicht kannte. Ein Beweis hierfür liegt wohl darin, dass die condictio indebiti regelmässig dann gewährt wird, wenn die Schuld ipso iure nichtig oder durch exceptio perpetua entkräftbar ist, dass jedoch die exc. rei iudicatae dafür nicht ausreicht.

[1]) ei? Mommsen: utique.

[2]) l. 9 pr. D. de duobus reis 45, 2; Ribbentrop S. 43.

müssen; dass sie es unterlassen, erklärt sich daraus, dass bei oberflächlicher Betrachtung derselbe dem neuen Recht zu entsprechen schien; aber es ist dies in Wirklichkeit nicht der Fall, da Pomponius dem Legatar nur gestattet, nach der Einklagung eines Teiles noch vom anderen Erben „reliquum" zu fordern, also eine Teilkonsumption der Klage voraussetzt, und der tilgenden Wirkung der petitio die tilgende Wirkung der solutio im Schlusssatze „idem erit et si alter partem solvisset" gegenüber stellt. Es ist dies deshalb einer Betonung wert, weil die Stelle für die Methode der Kompilatoren charakteristisch ist und daher die Grundlage für die kritische Betrachtung anderer Stellen bilden kann. Den Kompilatoren genügte es, die Konsumptionswirkung der Litiskontestation durch die Beifügung der Worte „et solutum" oberflächlich zu emendieren. Wir werden dieser Methode noch öfter begegnen. —

Hinsichtlich aller anderen Stellen, welche die Wirkung der Litiskontestation auf den Beklagten beschränken, nimmt die herrschende Lehre an, dass sie in ihrer ursprünglichen Gestalt uns überliefert seien. Erst in neuerer Zeit hat der Umschwung der Methode, die Erkenntnis, dass der Ribbentropschen Zweiteilung ein inneres Prinzip nicht zu Grunde liegt und die Unmöglichkeit, durch die herrschende Auffassung sich auf gleichartige Fälle beziehende Stellen zu vereinigen, dazu geführt, die fraglichen Stellen einer eingehenden kritischen Betrachtung zu unterziehen, und es darf getrost behauptet werden, dass Ascolis und Eiseles Untersuchungen in der angegebenen Richtung das Problem der Lösung entschieden näher geführt, die Korrealitätslehre erheblich gefördert haben. Ascoli ist auf dem Boden der modernen Rechtsgeschichte und auf dem Wege kritischer Exegese dazu gelangt, die Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität überhaupt abzulehnen, während Eisele der Korrealität eine Reihe von Fällen, die man bisher als die Hauptrepräsentanten der blossen Solidarobligationen betrachtet hatte, den Korrealobligationen zuweist, eine andere Reihe von Fällen aber davon ausnimmt und demnach die Unterscheidung als berechtigt anerkennt. Unsere Untersuchung wird im folgenden zum grossen Teil auf dem von Ascoli und Eisele gegebenen Fundament beruhen, aber doch zu prinzipiell anderen Ergebnissen gelangen, insofern wir zwar gleichfalls zur Ablehnung der Ribbentropschen Unterscheidung gelangen werden, aber trotzdem in erheblichen Beziehungen von Ascoli abzuweichen genötigt sein werden. Wir

sehen dabei zunächst von prinzipiellen Erörterungen ab, um uns ausschliesslich der kritischen Betrachtung des Quellenmaterials zuzuwenden.

I. Die Solidarhaftung mehrerer Tutoren war für Ribbentrop der Gegenstand, an dem er die Verschiedenheit der blossen Solidar- von den Korrealobligationen nachzuweisen suchte. Daraus, dass der Mündel nach der Verurteilung des einen Vormunds demselben noch die Klage gegen den anderen cedieren kann,[3]) schliesst Ribbentrop, dass die Obligation des letzteren nicht schon durch die Litiskontestation mit dem ersteren habe erlöschen können und dass eine Interpolation der Stellen, welche die Gesamtwirkung der Litiskontestation verneinen,[4]) deshalb nicht annehmbar sei.[5]) Anscheinend eine zwingende Schlussfolgerung! Betrachten wir die Stellen aber näher, so ergibt sich, dass dieselben um so weniger begründet sein kann, als sich der positive Nachweis führen lässt, dass in der That im klassischen Recht die Klage gegen den einen Tutor den anderen befreite. Wir werden zunächst auf diese Frage eingehen und dann erst auf die Möglichkeit der Klagencession zurückkommen.

Dabei ist jedoch zunächst zu untersuchen, inwiefern überhaupt von Solidarität der Vormundschaftsobligationen die Rede sein kann.[5a]) Denn wenn gewöhnlich gelehrt wird, dass mehrere Vormünder bei ungeteilter Vormundschaft in solidum haften, so ist diese Solidarität von der mehrerer Correi promittendi insofern verschieden, als sich aus dieser Solidarhaftung möglicherweise nur eine Einzelschuld, keine Solidarschuld ergibt.[6]) Anderseits ist es mindestens fraglich, ob die Vormundschaft als solche eine Verpflichtung im obligationenrechtlichen Sinn begründet, oder ob es nicht vielmehr die Führung der Vormundschaft ist, welche erst obligatorische Verpflichtungen erzeugt. Diese letztere Ansicht ist von Ascoli[7]) mit grosser Gründlichkeit vertreten worden. Sein Ausgangspunkt ist, dass nach römischer Auffassung nicht das Amt, sondern die Verwaltung den Vormund obligiert

---

[3]) l. 1 § 13 D. de tut. et rat. 27, 3; l. 42 D. de admin. 26, 7; l. 21 D. de tut. 27, 3; l. 2 C. de contr. iud. 5, 58.

[4]) l. 1 § 43 D. depos. 16, 3; l. 18 § 1 D. de admin. 26, 7; l. 15 D. de tut. 27, 3.

[5]) S. 44 ff.

[5a]) Vgl. oben S. 264.

[6]) Oben S. 40 f.

[7]) p. 13 sq.

und dass daher für den Vormund so viele Obligationen entstehen, als er Verwaltungsakte vorgenommen hat. Ursprünglich ist auch nach Ascoli der tutor non gerens nicht belangbar gewesen. Erst seit Claudius wurde er zur Übernahme der Tutel gezwungen und erst seit Marc Aurel wurde er für die Unterlassung der gestio verantwortlich gemacht.[8]) Daher konnte für die mehreren Tutoren keine Solidarobligation entstehen, soweit die Tutel als Ganzes in Frage kam. Eine Bestätigung dieser Ansicht erblickt Ascoli in l. 3 § 2 D. de admin. 26, 7:

> Ulpianus libro XXXV ad edictum: Ceteri igitur tutores non administrabunt sed erunt hi, quos volgo honorarios appellamus, nec quisquam putet ad hos periculum nullum redundare.

Ascoli weist scharfsinnig nach, dass die Stelle interpoliert ist und dass erst die Kompilatoren die Haftung des tutor honorarius geschaffen haben. Dies wird insbesondere durch die l. 26 § 1 D. de testam. tut. 26, 2 von Papinian bestätigt: Honoris causa tutor datus non videtur, quem pater a ceteris tutoribus, quibus negotia gerere mandavit, rationes accipere voluit, während die erstgenannte Stelle als Verpflichtung des tutor honorarius gerade d i e bezeichnet, sich von den Mitvormündern Rechnung über ihre gestio legen zu lassen. Die Kompilatoren haben eben die l. 26 § 1 übersehen, wie sich aus dem principium ergibt, wo Papinian die Berufung einer Mutter zur Vormundschaft für nichtig erklärt, während nach justinianischem Recht dies feststehendermassen nicht mehr der Fall ist.[9]) Ebenso sind die ll. 14 § 1 D. de sol. 46, 3 und 60 § 2 D. de ritu nupt. 23, 2 interpoliert.

Daraus schliesst Ascoli, dass es keineswegs richtig sei, dass mehrere Vormünder immer solidarisch haften.[10]) Nicht einmal dann liege immer Solidarität vor, wenn mehrere Vormünder die gestio haben. Wenn nämlich nur einer von ihnen geriert hat, so hafte zwar der andere auch, sofern ihn selbst ein Verschulden treffe,[11]) aber nur mit dem beneficium excussionis, welches die Solidarität ausschliesse,[12]) während anderseits bei der gestio

---

[8]) Ascoli S. 14.
[9]) Ascoli S. 17 f.
[10]) S. 18.
[11]) l. 14 D. de admin. 26, 7.
[12]) l. 14 cit.; l. 12 D. rem pupilli 46, 6.

communis dann keine Solidarität vorliege, wenn die Vormünder das beneficium divisionis hätten.[13])

Wenn Ribbentrop hierauf die Behauptung gründe, dass die Obligationen der Vormünder ein verschiedenes Fundament hätten, indem der eine aus eigenem factum, der andere aus eigener Unterlassung hafte, so sei dies nicht richtig. Dies könnte höchstens zutreffen bei der subsidiären Haftung des einen Vormunds für das factum des anderen; in diesem Fall aber sei ebensowenig, wie bei der Indemnitätsbürgschaft,[14]) von Solidarität die Rede. Wirkliche Solidarität liege daher nur im Fall der gestio communis vor. In diesem Fall aber sei die gemeinsame gestio und culpa eine identische causa; wenn trotzdem in den Quellen der Litiskontestation die Gesamtwirkung abgesprochen werde, so erkläre es sich daraus, weil — wenn wir Ascoli[15]) recht verstanden haben, — diese Solidarität nur Ausnahme sei und für die Konsumptionsfrage die regelmässige Gestaltung der actio tutelae entscheiden müsse. Da die a° tutelae eine intentio incerta habe, könne die Konsumption nicht eintreten, weil nicht zu ersehen sei, ob beide Klagen den nämlichen Inhalt haben.

Wir müssen diesen Ausführungen wenigstens teilweise, und insbesondere in der grundlegenden Frage, Beifall zollen. So wenig wir in Abrede stellen wollen, dass die Tutel nicht nur etwa pflichtlose Potestas sei, vielmehr annehmen, dass dieselbe ein Verpflichtungsverhältnis begründet[16]) und in diesem Sinne schon von den Römern als obligatio bezeichnet worden ist,[17]) so sehr müssen wir es ablehnen, die korrespondierenden Verpflichtungen der Vormünder als Solidarität im Rechtssinn zu bezeichnen. Wenn der einzelne Vormund in solidum zur Administration verpflichtet ist, so soll damit nichts anderes gesagt sein, als dass der einzelne Vormund die ganze Administration vorzunehmen hat, dass also keine tutela divisa vermutet wird; nicht aber, dass notwendig die Vormünder das Nämliche zu leisten schuldig wären. So lassen denn auch die Quellen die Vormünder nur der Vormundschafts-

---

[13]) l. 1 § 11 D. de tutelae 27, 3.

[14]) l. 116 D. de V.O. 45, 1.

[15]) S. 21.

[16]) Vgl. Windscheid II § 432 zu N. 3; Brinz III § 496 zu N. 14; § 500, II § 322 S. 658 zu N. 2 u. dort cit.; Ascoli S. 14 ff.

[17]) Lenel, Festschrift f. Ihering S. 101; Affolter I S. 47. Vgl. auch Karlowa II S. 291 zu N. 5.

klage solidarisch haften; sie setzen also voraus, dass die Vormundschaft, als „Mutter der Aktionen“, beendet sei.

Voraussetzung der Vormundschaftsklagen aber ist nicht das Amt, sondern die gestio, weshalb nach den Quellen jeder einzelne Verwaltungsakt die causa einer besonderen Obligation bildet und daher so viel Obligationen bestehen, als sich Verwaltungsakte — bei welchen die Vormünder ein Verschulden trifft — ereignet haben.[18]) Gegen den Tutor, der nicht administriert hatte, bestand daher ursprünglich überhaupt keine Klage. Freilich hat gegen diese Argumentation Eisele[19]) eingewendet, dass die l. 37 pr. D. de admin. 26, 7 verb. „putaverunt“ darauf hinweise, dass diese durch Papinian überlieferte Ansicht des Sabinus und Cassius der Vergangenheit angehöre; wenn er sich zum Beweise dessen aber auf die folgenden Paragraphen der lex 37 bezieht, so scheint mir aus diesen gerade hervorzugehen, dass Papinian die Konsequenzen der alten Theorie und mit diesen auch die Theorie selbst acceptiert.[20]) Wollte man aber auch die l. 37 pr. cit. nicht als erheblich gelten lassen, so würde immer noch bis zur Annahme Eiseles, dass als Obligierungsgrund für die mehreren Tutoren nur das vormundschaftliche Amt übrig bleibe, ein sehr weiter Schritt sein, der durch die Ausdehnung der actio tutelae auf den Vormund, der die gestio unterlassen hat,[21]) nicht erleichtert wird. Denn weder durch die Verwaltung an sich, noch durch die Unterlassung derselben wird eine Obligation für die Tutoren begründet: es ist vielmehr weitere unentbehrliche Voraussetzung die culpa des Tutor, und mithin ist, wenn man die Tutel als einheitliches Ganze betrachtet, die Haftung für gestio wie für Unterlassung desselben als Solidarhaftung überhaupt nicht denkbar.[22])

Denn wenn, was seit Ribbentrops verdienstlichen Ausführungen über diesen Gegenstand nicht mehr bezweifelt wird, der einzelne Vormund nur für sein Verschulden haftet, dann ist von Solidarität der vormundschaftlichen Universalobligationen deshalb keine Rede, weil sie gegenständlich sehr verschieden sein können und auch in der Praxis wohl sehr verschieden sind.

---

[18]) l. 37 pr. D. de admin. 26, 7.

[19]) Archiv 77 S. 452.

[20]) Vgl. Brinz II § 320 N. 94.

[21]) l. 1 § 1; l. 39 § 11 D. de admin. 26, 7; l. 4 § 3 D. rem pup. 46, 6; Brinz II § 322 N. 7.

[22]) Ich stimme also im Ergebnis mit Ascoli überein, wenn auch meine Darstellung nicht auf der seinigen beruht.

Gegenüber dieser Erwägung ist es jedenfalls von untergeordneter Bedeutung, dass die Quellen den tutor honorarius überhaupt nicht haften lassen;[23]) es wäre dennoch möglich, die regelmässige Tutel, die Tutel cum administratione, als Verpflichtungsgrund zu betrachten. Immerhin scheint uns jedoch auch diese Erscheinung darauf hinzuweisen, dass dem Römer die causa obligationis nicht sowohl die Tutel, als vielmehr ihre Verwaltung bildete. Ohne diese Auffassung wäre die Thatsache, dass mehrere Vormünder der actio tutelae in solidum haften, geradezu unerklärlich. In der That beschränken die Quellen die Solidarhaftung auch auf einzelne Fälle.[24]) Nur soweit die Vormünder ein gemeinsames Verschulden trifft, mag es für beide in faciendo oder in non faciendo, oder für den einen in faciendo, für den anderen in non faciendo bestehen, liegt solidarische Verpflichtung vor; dass objektiv das Handeln oder Unterlassen der Vormünder den Mündel schädigt, genügt nicht zur Begründung einer Verpflichtung des einzelnen Vormundes, weshalb die Obligationen der Tutoren sehr wohl disparate Grössen sein können.

Deshalb scheint uns die Ansicht Eiseles, dass die Vormundschaft im ganzen als einheitliche Obligation zu betrachten sei, unannehmbar. Causa obligationis sei das Amt, nicht die gestio; eadem causa liege dann vor, wenn das Amt gemeinschaftlich, d. h. ungeteilt sei, nicht dagegen, wenn die Tutel geteilt, oder der eine Vormund gerens, der andere honorarius sei. Uns scheint die Negative zwingend, die Positive dagegen unrichtig. Eiseles Auffassung führt uns vor das Dilemma: entweder ist Ribbentrops Lehre von der beschränkten Culpahaftung richtig: dann haben die beiden Obligationen der Vormünder verschiedenen Inhalt, oder wenn dies nicht der Fall sein kann, dann muss der Vormund für das Gesamtergebnis der Vormundschaft als solches, nicht nur für seinen eigenen Anteil, verantwortlich sein. Wir schliessen uns daher der Auffassung Ascolis an.

Nur insofern besteht zwischen Ascoli und mir eine Meinungs-

---

[23]) l. 3 § 2 D. de admin. 26, 7, oben S. 334.

[24]) Vgl. l. 31 D. de admin. 26, 7: „singuli tutores nonnunquam in solidum tenentur"; l. 14 D. eod.: „etiam contutoris factum imputatur collegae, si potuit et debuit suspectum facere: interdum et si debuit satis petere: nam si idoneus subito lapsus est, nihil collegae imputari potest". Die anderen Stellen, welche von der Solidarhaftung der Tutoren sprechen, l. 55; l. 46 § 1 D. de admin. 26, 7; l. 11 pr.; l. 13 D. ad munic. 50, 1; l. 2 C. de div. tut. 5, 52, beruhen auf der Ungeteiltheit des Officiums und haben eine Solidarschuld in unserem Sinne nicht im Auge. —

verschiedenheit, als ich glaube, den Kreis der Solidarobligationen aus der Vormundschaft weiter fassen zu sollen. Ascoli beschränkt ihn auf den einen Fall der gestio communis; ich gebe zu, dass nicht nur der Vormund, welcher überhaupt nicht geriert, sondern auch der, welcher sich von einem einzelnen Rechtsgeschäft schuldhafterweise ferngehalten hat, hinter dem tutor gerens haften,[25]) aber ich behaupte, dass diese Subsidiarität die Solidarität der Haftung nicht ausschliesst. Dass die Quellen unter der solidarischen Haftung sowohl die prinzipale, wie die subsidiäre Haftung begreifen, zeigt die l. 55 pr. D. de admin. 26, 7 (Tryphoninus libro XIV disput.):

> Tres tutores pupillo dati sunt, unus tutelam gessit et solvendo non est, secundus Titio gerendam mandavit et Titius quaedam administravit, tertius nihil omnino gessit: quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur. et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae et in solidum universi tenentur.
>
> Ebenso die l. 2 § 3 C. de div. tut. 5, 52. Impp. Carus Caninus et Numerianus: Sin vero ipsi inter se res administrationis diviserunt, non prohibetur adulescens, et unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat.

Ascoli beruft sich für seine Meinung zwar auf die l. 116 D. de V. O. 45, 1 von Papinian (IV quaest.) und es kann nicht geleugnet werden, dass der daselbst behandelte Fall grosse Ähnlichkeit mit dem eines subsidiär haftenden Vormundes hat. Aber dass er mit ihm identisch sei, so dass aus der Stelle ein Schluss auf die Haftung des Vormundes möglich wäre, muss ich bestreiten. Im Falle der l. 116 liegt allerdings keine Solidarität vor, sondern eine unbedingte und bedingte Obligation mit verschiedenem Gegenstande; bei der subsidiären Verpflichtung des Vormundes ist dies nur dem Effekt nach, nicht aber nach dem juristischen Inhalt der Fall. Zwar lässt die l. 3 § 2 D. de admin. 26, 7 den tutor honorarius nur „excussis prius facultatibus eius qui gesserit“ haften, aber die excussio bestimmt nicht den Grund der Verpflichtung, sondern das Mass ihrer Geltendmachung, sie ist gleichsam „in solutione, nicht in obligatione“, wie denn andere Stellen zur Genüge ersehen lassen, dass der subsidiär haftende Vormund unbedingt haftet,[26]) und wie auch bei den Fideiussoren, nach deren Muster doch den Tutoren beneficium divisionis und

[25]) Ascoli S. 19 gegen Brinz II S. 663; ebenso Windscheid II § 443 N. 10.
[26]) l. 60 §§ 2, 3 D. de ritu nupt. 23, 2.

excussionis gewährt wurde, ausdrücklich die solidarische Haftung anerkannt wird.[27]) Tritt ja doch dann, wenn Teilung und Vorausklage der aequitas widerstreiten, die solidarische Kondemnation im vollen Umfange ein.[28]) Davon kann bei der bedingten Stipulation der l. 116 keine Rede sein. Der Promittent schuldet nach dieser möglicherweise überhaupt nicht; der Tutor schuldet, muss aber möglicherweise nicht bezahlen; wenn der Schuldner im Fall der l. 116 zahlt, wird der bedingt Haftende nicht frei, sondern der Ausfall der Bedingung ergibt, dass er überhaupt nichts schuldig war; man wird daraus den Schluss ziehen können, dass der Maevius der l. 116, wenn er pendente condicione zahlte, die condictio indebiti anstellen kann,[29]) während sie „exemplo tutorum" dem Vormund, der von dem beneficium excussionis keinen Gebrauch gemacht hat, zu versagen sein wird.[30])

Liegt hiernach auch im Fall der subsidiären Haftung eines Vormunds Solidarität vor, so ist der Grund dieser Haftung in allen Fällen das gemeinsame Verschulden der Vormünder, mag es im Handeln oder Unterlassen begründet sein.

Trotz diesem von Eiseles Auffassung prinzipiell verschiedenen Standpunkte stimme ich darin mit ihm überein, dass diese Solidarität Korrealität ist. Wenn wir das auch für die Fälle der subsidiären Haftung behaupten, so scheint es nicht unbedenklich, da nichts anscheinend dem klassischen Korrealitätsbegriff so sehr widerspricht, als ein beneficium, welches das „altero convento alterum non liberari" anscheinend zur notwendigen Voraussetzung hat. Dies hat Eisele sehr wohl gefühlt und deshalb, während er die Haftung der tutores gerentes als Korrealität bezeichnet, bei der subsidiären Haftung die Korrealität, wie ich glaube, abgelehnt.[31]) Indessen ist es doch fraglich, ob in der Belangung des subsidiär haftenden Vormunds nicht eine plus petitio causa im Sinne des klassischen Prozesses lag,[32]) so dass beneficium excussionis und Gesamtkonsumption keine Gegensätze bilden würden; anderseits scheint es mir freilich auch zweifelhaft zu sein, ob das beneficium excussionis dem klassischen Recht überhaupt angehört.

---

[27]) l. 12 D. rem pup. 46, 6; Helmolt S. 78.

[28]) l. 12 cit. 46, 6: beneficium ... iniuriam habere visum est. Vgl. Pauli Sent. I, 20; l. 28 D. de fid. 46, 1; Lenel, edictum S. 171.

[29]) l. 16 D. de cond. indeb. 12, 6.

[30]) § 4 J. de fid. 3, 20; l. 49 § 1 D. eod. 46, 1.

[31]) S. 451 zu N. 70.

[32]) Vgl. Gaius IV 53.

a) Wir haben schon oben bemerkt, dass die l. 3 § 2 D. de admin. 26, 7, welche dem Tutor honorarius die Verpflichtung auferlegt, die Verwaltung der tutores gerentes zu überwachen und ihm das beneficium excussionis gewährt, interpoliert ist. Das nämliche gilt von folgenden Stellen:

> b) l. 41 D. eod. 26, 7. Papinianus libro VII respons.: Qui plures tutores habuit, unum, qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere: quoniam eius liberatio, quod ex tutela accepit aut dolo contraxit, non est relicta, contutores, qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa recte conveniuntur: tutor enim legatarius ex culpa, quae testamento remissa est, non tenetur.

Das „qui solvendo non fuit" hat mit der Erörterung Papinians nichts zu thun.[32a]) Einem von mehreren Tutoren wird die Rechnungstellung erlassen. Papinian lässt die anderen weiter haften, soweit die Haftung des legatarius für dolus und Bereicherung in Frage kommt, weil diese dem Legatar nicht erlassen ist. Warum die Stelle aber auf den Fall der subsidiären Haftung zu beschränken sei,[33]) vermag ich nicht einzusehen.[34])

> c) l. 12 D. rem pupilli 46, 6. Papinianus libro XII quaest: Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur.[35]) nec quisquam putaverit ab iure discessum, postquam pro ea parte placuit tutores condemnari, quam administraverunt, et ita demum in solidum, si res a ceteris non servetur et idonea[36]) culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit: nam aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam iuris desiderasse. ceterum fideiussores civiliter in solidum obligati ceteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit

[32a]) Wenn es auch, wie Ribbentrop S. 79 bemerkt, beweist, dass die Befreiung des einen Vormunds den Mitvormündern auch dann zu Statten kam, wenn er insolvent war.

[33]) Wie Windscheid krit. Vierteljahrsschr. III S. 171; Mitteis Indiv. S. 74 will.

[34]) arg. e contrario ergibt sich übrigens aus der Stelle, dass, wenn auch die Haftung für dolus dem Legatar erlassen wäre, seine Mitvormünder nicht weiterhaften würden. Vgl. Ribbentrop S. 79, oben S. 181.

[35]) Man beachte den Widerspruch mit § 4 J. l. 39 D.; l. 11 pr. C. de fideiuss.!

[36]) Idonei Windscheid II § 443 N. 6.

et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est, ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur.

Die Stelle ist wahrscheinlich interpoliert. Wenn dafür auch keine grammatikalischen Anzeichen vorhanden sind, so weist doch der Zwischensatz „nec quicquam putaverit" — „formam iuris desiderasse" so gar keinen Zusammenhang mit dem Vorausgehenden und dem Nachfolgenden auf, dass er geradezu vielmehr den Zusammenhang dieser beiden Sätze unter sich in einer Papinian nicht zuzumutenden Weise zerreisst.

d) l. 39 § 11 D. de adm. 26, 7. Papinianus libro V respons: In eum, qui tutelam gerere noluit, post ceteros qui gesserunt, actionem utilem tutelae dari placuit. quod tamen ex tutela non pervenit ad eos, qui se negotiis miscuerunt, sed communi neglegentia perit, citra substitutionis ordinem aequaliter omnium periculum spectat.

Wenn wir auch Ribbentrop[37]) zugeben, dass die actio utilis sich aus der l. 4 § 3 D. rem pupilli 46, 6 erklärt, so scheint uns doch Papinian nichts weiter geschrieben zu haben, als „in eum qui tutelam gerere noluit, actionem utilem dari placuit". Dass der Schlusssatz nicht papinianisch ist, wird man angesichts des schwülstigen Stils und der unklaren, geradezu absonderlichen Ausdrucksweise wohl annehmen dürfen. Der Sinn ist: Die Vormünder haften für das, was „communi neglegentia periit", ohne beneficium excussionis. Das wird geschmackvoll in den Worten umschrieben „citra substitutionis ordinem aequaliter omnium periculum spectat!" Mit dem Nachsatz aber erscheint dann notwendigerweise auch die Wendung „post ceteros, qui gesserunt" als compilatorisches Einschiebsel.

e) l. 45 D. eod. 26, 7; vgl. oben S. 179 f., 296 ff. Wir haben bereits den Nachweis versucht, dass die Stelle in ihrem letzten Teil von den Kompilatoren umgearbeitet ist. Was das „illius nomine interpellare" betrifft, so wird es zwar von Ribbentrop und anderen auf das beneficium excussionis bezogen, aber mit welchem Recht, ist nicht ersichtlich.[38]) Richtig ist nur, dass es den Thatbestand bezeichnet, welchen das beneficium excussionis voraussetzt. Ich halte deshalb auch das „illius nomine" für echt; nur besteht keine Veranlassung, dem Paulus das beneficium

---

[37]) S. 51.

[38]) Vgl. oben § 19 S. 297 N. 4.

excussionis zuzuschreiben, da gerade der zweite Teil der Stelle, aus dem arg. e contrario zu entnehmen ist, dass die tutores, von welchen im ersten Teil der Stelle die Rede ist, „duo rei sunt omnimodo“, dazu führt, das beneficium excussionis als dem Paulus unbekannt zu erachten; denn nach dem Zusammenhang der Stelle beruht die einzige Verschiedenheit zwischen Tutoren und Magistraten darin, dass erstere in jeder Beziehung duo rei sind, während letztere das ben. divisionis nach Analogie der Mitbürgen haben.

f) l. 55 § 2 D. eod. Tryphoninus libro XIV disput.: Non solum ergo gessisse tutelam is creditur, qui alii gerendam mandavit, sed et qui satis a contutore accepit rem salvam pupillo futuram eique permisit administrationem totius tutelae, nec potest se defendere constitutionibus, quae iubent ante conveniri eum, qui gessit.

Ein äusseres Anzeichen für die Annahme einer Interpolation ist zwar auch hier nicht zu bemerken; dennoch glaube ich, dass Thryphonius nur den ersten Teil des § bis „permisit administrationem totius tutelae“ geschrieben hat, und dass die Kompilatoren sich veranlasst fanden, hier dem „non gerens“, weil er nach Tryphonin „gessisse creditur“, das unklassische beneficium excussionis ausdrücklich zu versagen. Das beruht auf einem Missverständnis des Tryphonin seitens der Kompilatoren. Mit dem „gessisse creditur“ will Tryphonin nur die actio utilis gegen den non gerens begründen, wie er auch im Principium des Fragmentes nicht zwischen gerens und non gerens unterscheidet und ohne Einschränkung alle in solidum haften lässt. Ich will dabei nicht unterlassen, jetzt schon zu gestehen, dass mir der ganze § 1 der l. 55 eingeschoben zu sein scheint, und dass Tryphonin im unmittelbaren Anschluss an das principium die nunmehr als § 2 bezeichnete Ausführung gegeben hatte. Während der § 1 weder zum Principium, noch zu dem § 2 in irgend einem erkennbaren Zusammenhang steht, fordert das „non solum ergo“ den Anschluss an das Prinzipium, indem in ersterem sowohl der Vormund, der die Administration einem Dritten überlässt, als auch der andere, welcher „nihil omnino gessit“, nämlich „qui satis a contutore accepit ... eique permisit administrationem totius tutelae“, wiederkehren. Die Kompilatoren fassen dagegen den § 2 so auf, als habe Tryphonin Fälle der quasi-gestio der non gestio gegenüberstellen wollen, und sie benachteiligen infolgedessen in sinnloser Weise den, der sich von seinen Mitvormündern

Kaution bestellen liess, gegenüber dem, der jede Obsorge versäumte, indem sie nur dem letzteren das beneficium excussionis gewähren. Demgemäss wird auch das „et solvendo non est“ des Principiums den Kompilatoren zuzuschreiben sein.

In dieser Ansicht werde ich nur dadurch bestärkt, dass andere Stellen, welche in diesem Zusammenhang angezogen zu werden pflegen,[39]) entschieden nicht interpoliert sind. Dahin gehören die l. 9 § 8 D. de admin. 26, 7 und l. 19 D. eod. Dieselben erkennen zwar an, dass auch der tutor non gerens haftet; aber ihr vollkommenes Stillschweigen über die Subsidiarität seiner Haftung ist mir ein Beweis dafür, dass die klassischen Juristen dieselbe noch nicht kannten. Interpoliert ist ferner l. 60 § 2 D de ritu nupt[39a]) und l. 55 § 4 D. de admin. 26, 7.[39b])

Vergleicht man mit diesen Fragmenten des ius die von dem beneficium excussionis handelnden Konstitutionen, so scheinen uns auch von diesen einige nicht über jeden Zweifel erhaben zu sein.

a) l. 2 C. de div. tut. 5, 52 von Carus und Numerian a° 241. Dieselbe unterscheidet zwischen geteilter und ungeteilter Vormundschaft, lässt im letzteren Fall Elektion eintreten, während sie im ersteren Fall (§ 1) für die Regel die Solidarität verneint. Ausnahmen treten ein 1. „si per dolum aut culpam suspectum non removerunt, 2. vel tarde suspicionis rationem moverunt, 3. vel suspicionis causam agendo sua sponte iura pupilli prodiderunt“. Das „cum alter eorum non solvendo effectus sit“ ist nach Fassung (worauf bezieht sich das „eorum“?) und Stellung (am Schluss der zweiten Ausnahme) als wenig gelungenes Einschiebsel zu betrachten.[40])

---

[39]) Vgl. Windscheid II § 443 N. 6—10.

[39a]) Vgl. Ascoli S. 18.

[39b]) Ich halte auch den § 4 der l. 55 für durchaus tribonianisch. Es fehlt der Zusammenhang mit dem Vorhergehenden; auch ist die Darstellung ungemein schwülstig und weitschweifig. Das beneficium excussionis spielt in der l. 55 eine Rolle nur im Principium, wo die Worte „et solvendo non est“ zu streichen sind, im § 2, wo die Wendung „nec potest se defendere“ rel. Emblem ist und im § 4. Lässt man ausserdem den § 1, der auch von Tribonian eingeschoben ist, hinweg, so ist der Zusammenhang zwischen den einzelnen Sätzen des Fragments hergestellt. Tryphonin beschäftigt sich nur mit dem periculum commune und der dadurch bedingten Solidarhaftung der Tutoren; an das beneficium excussionis kann er, wie seine Ausdrucksweise ergibt, gar nicht gedacht haben; die einzigen Gegensätze, zwischen welchen sich Tryphonin bewegt, sind vielmehr Solidarhaftung und Nichthaftung.

[40]) Vgl. Eisele Archiv 77 S. 453.

b) Möglicherweise ist interpoliert die l. 5 C. in quibus causis 5, 36 von Diocletian a° 294, insofern zwischen dem § 1 und dem Principium kein rechter Zusammenhang besteht.

c) Ebenso die l. 8 C. de admin. 5, 37 von Alexander Severus a° 229, insofern die durch autem angedeuteten Gegensätze durch die Gewährung des beneficium excussionis aufgehoben sind.

d) l. 3 C. de div. tut. 5, 52 von Diocletian a° 294 wird schon von Eisele für interpoliert gehalten.[41]) Ich schliesse mich dieser Ansicht an. Der durch „licet" und „tamen" angedeutete Gegensatz besteht nicht, da das beneficium excussionis gerade voraussetzt, dass „conventione mutuum periculum minime finiatur". Auch beweist die Stellung der Worte „eiusque successores conveniendos esse", dass mindestens das „si solvendo sit" später eingeschoben wurde. Diocletian wird demnach nur geschrieben haben: Licet tutorum conventione mutuum periculum finiatur, tamen eum, qui administravit, eiusque successores in primo loco conveniendos esse non ambigitur.[41a])

Nicht nachweislich interpoliert sind dagegen: l. 1 C. de periculo tutorum 5, 38 von Alexander Severus a° 226, l. 6 C. arbitrium tutelae 5, 51 von Diocletian a° 290, l. 2 C. de heredibus tut. 5, 54 von Caracalla a° 213.

Von diesen Kodexstellen wird das beneficium excussionis jedoch in der ersten gar nicht erwähnt, sondern nur ausgesprochen, dass der non gerens neben dem gerens haftet; dies scheint mir darauf hinzuweisen, dass das fragliche beneficium nicht auf Alexander Severus zurückreicht, sondern erst der diokletianischen Zeit angehört. Anscheinend entgegen steht die l. 2 C. de heredibus tutorum von Caracalla, nach welcher das beneficium in die klassische Zeit hinaufragen würde („saepe rescriptum est"). Indessen ist es doch nicht ausgeschlossen, dass der § 1 dieser Konstitution von den Kompilatoren angefügt ist.

Im ganzen wird mithin das, was wir den Digesten entnommen haben, durch den Kodex bestätigt. Das beneficium excussionis gehört der nachklassischen Kaiserzeit an; die Kompilatoren betrachteten es als ihre Aufgabe, die widersprechenden älteren Fragmente und Konstitutionen damit in Einklang zu bringen. Im klassischen Recht dagegen hafteten die non gerentes

---

[41]) S. 458.

[41a]) Dann würde die Stelle auch einen Beleg für unsere Ansicht von der Wirkung der Litiskontestation bilden.

primär und solidarisch neben den Gerenten. Damit erweitert sich der Kreis der Vormundschaftsobligationen, die für unsere Untersuchung in Betracht kommen, erheblich; es begründet das beneficium excussionis keinen Einwand mehr gegen die Annahme, dass bei dieser Solidarität der Litiskontestation Gesamtwirkung zukam, und es wird zudem die Argumentation Ascolis, dass um der Mehrzahl der Fälle willen auch bei der gestio communis diese Gesamtwirkung abgelehnt wurde, der Boden entzogen. Im klassischen Recht waren alle Vormünder, die überhaupt Schuldner wurden, primär haftende Solidarschuldner; nicht in dieser Weise haftete nur der Vormund, den überhaupt kein Verschulden traf dieser haftete aber überhaupt nicht. Nach diesen Vorbemerkungen prüfen wir die einzelnen Stellen in Bezug auf die Litiskontestationswirkung.

1. Wir haben oben schon[42]) festgestellt, dass die l. 38 pr. D. de admin. 26, 7 von den Kompilatoren umgearbeitet ist. Nachdem bei duo rei promittendi zweifellos Elektion stattfand, kann die Frage „utrum electioni locus erit an ut eiusdem pecuniae debitores excipere debebunt periculi societatem“ nur den Kompilatoren zuzuschreiben sein. Papinian wird daher geschrieben haben: „an electioni locus erit? quod magio ratio suadet,“ und daran den § 2 sofort angeschlossen haben.

2. Nicht minder verändert ist die besprochene l. 45 D. eod. von Paulus, welche schon in ihrer jetzigen Gestalt auf die electio durch Litiskontestation hinweist, in ihrer ursprünglichen Fassung aber klar zum Ausdruck brachte, dass die Solidarhaftung der Tutoren immer, im Gegensatz zu den Magistraten, welche das beneficium divisionis genossen, elektiv war.[43])

> 3. l. 39 § 15 D. de admin. 26, 7. Papinianus libro V respons: Adulescens tutoribus conventis, a quibus totum servari non potuit, adversus curatores, qui tutelam ad se negligentia non transtulerunt, integram actionem retinet: neque eium tutelae iudicio consumptum videtur, quod alterius officii qnerellam habuit.

Mit Recht hat Eisele[44]) bemerkt, dass der Ausdruck „neque enim consumptum“ den Grund dafür angibt, dass die Kuratoren noch belangt werden können, und dass daraus ein Rückschluss auf die Befreiung der Tutoren offen steht. Überdies gibt die

---

[42]) S. 295 ff.

[43]) Oben S. 297 N. 4.

[44]) Archiv 77 S. 454.

Stelle einen Beitrag zur Kenntnis der Interpolationstechnik; wo im einzelnen Fall eine dem älteren Recht angehörende Rechtsfolge verneint wird, fanden die Kompilatoren keinen Grund, Änderungen vorzunehmen. Anderseits bringt die Stelle nichts weiter zum Ausdruck, als dass die Klagen aus Tutel und Kuratel nicht elektiv konkurrieren;[45]) dass dagegen jede Klage aus der Tutel weitere actiones tutelae ausschliesse, m. a. W., dass nicht die gestio, sondern das Amt den Klaggrund bilde, ist aus der Stelle keineswegs zu entnehmen.[46])

4. l. 2 pr. C. de div. tut. 5, 52. Si divisio administrationis inter tutores sive curatores necdum fuit, licentiam habet adulescens et unum eorum eligere et totum debitum exigere, cessions videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda.

Auch hier ist von electio die Rede; wenn nicht gesagt ist, dass durch dieselbe die Nichtbelangten frei werden, so besteht doch, wie Eisele mit Recht bemerkt,[47]) kein Grund, die electio von etwas anderem, als von definitiver, die anderen befreiender Wahl zu verstehen, wie der Ausdruck ja in zahlreichen anderen Stellen und insbesondere in der l. 28 C. de fid. in diesem Sinne gebraucht wird. Zu dieser Annahme zwingt auch der folgende § 1, welcher das „convenire potest" in Gegensatz stellt zu dem im Principium genannten „eligere" = „convenire alterum non potest".

5. l. 7 § 4 D. quod falso tut. 27, 6 Ulpianus libro XII ad edictum: Si plures sint, qui auctores fuerunt, perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione,

welche in der Schlusswendung zweifellos die Hand der Kompilatoren erkennen lässt;[48])

6. l. 8 eod. Paul. libro XII ad edictum: et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegaudam in id quod deest Sabinus scribit,

welche Eisele[49]) damit erklären will, dass die Klage als actio in factum nur exceptione rei in iudicium deductae konsumiert wurde.

---

[45]) Vgl. auch l. 23 D. de tutelae act. 27, 3; Fitting S. 210, 261 f.; Krüger, proz. Konsumption S. 94.

[46]) Wie Eisele S. 454 annimmt.

[47]) S. 453.

[48]) Eisele S. 455.

[49]) S. 455. Vgl. l. 3 D. si mensor 11, 6. Über die Fassung der Klage s. Lenel edict. S. 99.

So schloss die Stelle für die klassische Jurisprudenz gerade die Anerkennung der Gesamtwirkung in sich, während die Kompilatoren sie — abermals ihrer negativen Fassung halber — nicht für änderungsbedürftig hielten.

> 7. l. 15 De de tut. et rat. distr. 27, 3. Ulpianus libro I disput: Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri, nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat. quod si conventus alter praestitisset, proficiet id quod praestitit eo qui conventus non est: licet enim doli ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere, ut in duobus, quibus res commodata est vel deposita quibusque mandatum est.

Die Stelle handelt von der a° rationibus distrahendis; da ihr Gegenstand poena ist, sollte man annehmen, dass überhaupt keine Solidarität, sondern Multiplikation vorliege, so dass die transactio des einen dem anderen Vormund von vornherein nicht nützen könne;[60]) indessen wird in der Stelle anscheinend doch eine Art von Solidarität angenommen und damit steht eine andere Stelle im Einklang, die l. 55 § 1 D. de admin. 26, 7:

> Tryphoninus libro XIV disput: Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur et, quamvis unus duplum praestiterit, nihilominus etiam alii teneantur: nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno iam exacta est. sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere: nemo denique dicet unum tutorem et duplum hac actione praestare et quasi specie condictionis aut ipsam rem aut eius aestimationem.

An der letzteren Stelle ist einiges auffällig, nicht sowohl an der hier interessierenden Auseinandersetzung, als vielmehr daran, dass mit „denique“ aus der vorhergehenden Erörterung eine so eigentümliche Folgerung gezogen wird. Nach Tryphonin entsteht die Frage, ob die Vormünder „singuli in solidum“ haften und durch die Leistung des einen der andere nicht befreit wird. Der Jurist verneint dies mit der Begründung, dass die Vormünder

---

[60]) Vgl. oben S. 183 N. 47 am Ende!

nicht sowohl gestohlen, als vielmehr pflichtwidrig verwaltet haben, und schliesst hieraus, dass niemand den Vormund mit der a° rat. distrahendis auf das Doppelte und überdies noch mit der condictio furtiva haften lassen werde. Dieser Schluss ist mindestens sonderbar. Ein Zusammenhang kann nur insofern bestehen, als das tertium comparationis die actio furti ist. Tryphonin erörtert zuerst, dass die a° rat. distr. anderen Grundsätzen unterliegt als die a° furti, insofern die Poenalhaftung keine kumulative, sondern eine Solidarhaftung ist; dann, fährt er fort, müssen wir die beiden Klagen auch in anderer Beziehung verschieden behandeln, und die condictio furtiva durch die a° rat. dist. ausgeschlossen werden lassen. Aber ist einerseits diese verschiedene Behandlung auffällig, weil die letztere immer als Strafklage bezeichnet wird,[51]) und weil in ihrem Thatbestand möglicherweise der des Furtums enthalten ist,[52]) so dass alsdann actio furti und a° rat. distr. konkurrieren,[53]) so ist ausserdem anstössig, dass dieser § sich in ganz unveranlasster Weise in die Erörterung über die Haftung der Tutoren hineindrängt,[54]) welche im Principium begonnen, im § 2 fortgesetzt wird. Hiernach kann es nicht wohl einem Zweifel unterliegen, dass sich Tryphonius' Erörterung ausschliesslich auf die a° tutelae bezogen hat und einen Kommentar zur Formel der a° tutelae bildete, indem das „quod Negidius Auli tutelam gessit“ [55]) erläutert wird. Hiernach glaube ich, dass der § 1 fremde Zuthat ist und dass die Kompilatoren mit derselben die actio rat. distr. in eine qualifizierte actio tutelae verwandelt haben.[56])

Kehren wir nunmehr zurück zu unserer l. 15 de tut. Liegt keine Solidarität vor, was durch die l. 55 § 1 nicht widerlegt wird, so erklärt es sich leicht, warum die transactio „nihil proderit alteri“; es sind eben zwei vollkommen beziehungslose Obligationen vorhanden. Dazu passt aber der zweite Satz der Stelle nicht, welcher auf die Solidarität hinweist. Indessen stimme ich mit Eisele darin überein, dass Ulpian die befreiende Wirkung der Zahlung schwerlich mit einer so nichtssagenden Wendung

---

[51]) l. 1 §§ 21, 23; l. 2 § 2 D. de tutelae 27, 3.

[52]) l. 1 § 22; l. 2 § 1 D. eod. 27, 3; l. 33 D. de furtis 47, 2.

[53]) l. 33 de furtis cit. Die l. 1 § 22 D. 27, 3 verneint nur die elektive Konkurrenz.

[54]) Vgl. oben S. 342.

[55]) Lenel edictum S. 255.

[56]) Damit stimmt überein, dass die a° rat. distr. im Kodex keine Rolle spielt.

begründet hätte, wie mit den Worten „licet enim doli ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere“, und man wird daher diese Worte wie den Schluss „ut in duobus — mandatum est“ den Kompilatoren zuzuweisen haben.[57]) Aber die Folgerung, die Eisele wohl an die Stelle knüpfen will, nämlich, dass sie von der befreienden Wirkung der Litiskontestation gehandelt habe, scheint mir verfehlt: da sie von der a° rat. distr. handelte, kann die Stelle in ihrem zweiten Teil, wenn sie einen solchen überhaupt hatte, nur die befreiende Wirkung der Zahlung oder, was für das klassische Recht gleichbedeutend sein dürfte, der Litiskontestation, verneint haben.

8. Als letzte Stelle bleibt uns die l. 18 § 1 D. de admin. 26, 7 (Julianus libro XXI digestorum):

> Ex duobus tutoribus si cum altero actum fuerit, alter non liberabitur.

Für Ribbentrop kann bezüglich dieser Stelle „von Interpolation keine Rede sein;[58]) wir gestehen gerne, dass die Stelle nicht den leisesten äusseren Anlass gibt, sie für interpoliert zu erklären. Indessen will dieses Argument im Grunde wenig bedeuten. Bei einer Interpolation, die mit der Einschiebung eines „non“ erledigt ist, wird man, wenn die Kürze der Stelle verhindert, dass dieses Einschiebsel den Zusammenhang zerstört, äussere Anzeichen vergeblich suchen. Überdies ist die Stelle so ausser jedem Zusammenhang, dass es fraglich ist, ob sie, wenn sie in ihrer ursprünglichen Gestalt uns überliefert ist, nicht trotzdem mit der von uns angenommenen Korrealität vereinbar ist. Und letzteres möchte allerdings zu bejahen sein. Möglicherweise haften die Vormünder im einzelnen Fall nicht solidarisch, möglicherweise bezieht sich die Stelle auf die actio rationibus distrahendis. Dass sie in Justinians Gesetzbuch absichtlich aus ihrem Zusammenhang herausgerissen wurde, stellt sie jedenfalls nicht in Gegensatz zu den Stellen, welche von den duo rei promittendi handeln.[59])

Damit ist m. E. der Nachweis geliefert, dass Vormünder Korrealschuldner sind, wenn sie solidarisch haften. Wir haben nunmehr auf das bereits oben[60]) erwähnte Argument Ribbentrops zurückzukehren, welches er gegen diese Annahme aus der Mög-

---

[57]) Eisele S. 456.

[58]) S. 50 oben.

[59]) Eisele S. 451.

[60]) S. 333.

lichkeit der Klagencession nach der Litiskontestation schöpfen will. Dasselbe wird u. E. widerlegt durch die l. 1 § 13 D. de tut. 27, 3:

> Ulpianus libro XXXVI ad edictum: Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et divo patre eius utilem actionem tutori adversus contutorem dandam.

Dass die Stelle von der Wirkung der Litiskontestation handelte, ergibt das objektlose „condemnatus praestiterit", an dessen Stelle ursprünglich „conventus erit" gestanden haben wird. Aber für Ribbentrop beweist die Stelle nichts. Denn dass eine actio utilis dem Vormund gegeben wird, der es versäumt hat, sich die Klage vor der Litiskontestation cediren zu lassen, beweist dass die Cession nach derselben nicht mehr möglich war. So bildet der Schluss der Stelle einen Beweis dafür, dass der Anfang interpoliert ist und die Stelle im ganzen einen weiteren Beweis für die Richtigkeit unserer Ansicht.

Wenn anderseits die actio utilis nicht ausdrücklich in l. 42 D. de admin. 26, 7, l. 21 D. de tutelae 27, 3 erwähnt wird, so schliesst dies doch nicht aus, dass die actio nur als „utilis", d. h. unter Ignorierung ihrer Konsumption, cediert werden konnte. Überdies mag man in der späteren Zeit in dieser Beziehung weniger streng geurteilt haben.[61]) Die l. 2 C. de contr. iudicio 5, 58 enthält eine durch Billigkeitserwägungen veranlasste Singularität.

Wenn demnach die Quellen sowohl Ribbentrops wie Ascolis divergierende Meinungen widerlegen, so kann ich darauf verzichten, die Fehler ihrer Argumentation im einzelnen nachzuweisen. Nur die eine Bemerkung sei gegen Ascoli gestattet: Wenn im Fall der gestio communis Korrealhaftung anerkannt werden muss, dann muss auch die Gesamtwirkung der Litiskontestation in diesem Falle angenommen werden. Ebensowenig, wie die actio tutelae, konnte irgend eine andere Klage ersehen lassen, ob eine weitere Klage gegen einen Mitschuldner auf idem gerichtet war. Wie in jedem anderen Fall, so hatte auch bei der actio tutelae der Prätor zu ermitteln, ob die Klage kon-

---

[61]) Vgl. oben S. 148 f.

sumiert war, und danach exceptionem rei in iudicium deductae zu geben oder zu denegieren.

II. Betrachten wir nunmehr, der von Ascoli gewählten Einteilung folgend, die Solidarobligation mehrerer Mandatoren. Ascoli[62]) unterscheidet zwei Fälle, je nachdem das Mandat von den mehreren Personen in einem oder in mehreren Akten erteilt wurde. Im ersteren Fall haften die Mandatoren nur pro rata; im letzteren liegen von einander unabhängige Obligationen vor, da sie auf verschiedenen causae beruhen. Nur wenn sie durch Zufall den nämlichen Inhalt (eandem pecuniam) haben, soll die Zahlung von seiten des einen Mandators auch den anderen befreien. Ascoli erkennt an, dass hier der Begriff einer „obbligazione puramente solidale" wirklich anwendbar ist, glaubt aber dennoch einen Beweis für die Ribbentropsche Unterscheidung darin nicht erblicken zu müssen, obwohl er zugibt, dass diese Obligationen von den Korrealobligationen, die auf gemeinsamer causa beruhen, wohl zu unterscheiden sind.[63])

Mit Recht hat Eisele dagegen die l. 7 D. de fideiuss. et nom. tut. 27, 7 angeführt:

> Papinianus libro III respons: Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut ante conveniret petierant atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros quod ab eo servari non potuisset: placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorum susceptum videretur: nam et si mandato plurium pecunia credatur, aeque dividitur actio: si enim quod datum[64]) pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?

Die Stelle handelt von einem gemeinsamen Mandat, wie die Worte „mandato plurium" ergeben; die Worte „aeque dividitur actio" sprechen nicht für, sondern gegen Ascolis Ansicht, dass in diesem Fall die Klage ipso iure geteilt wäre,[65]) indem sie sich, wie auch das „actionem residui dividi" auf das beneficium divisionis beziehen. Daher ist die Stelle in Einklang mit l. 59 § 3 D. mandati 17, 1 aus den Responsen des Paulus:

> Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato: post

[62]) S. 22 ff.

[63]) S. 24.

[64]) quodammodo scr.

[65]) Im Näheren vgl. Eisele S. 460 ff.

condemnationem autem in duorum personam collatam necessarium ex causa iudicati singulos pro parte dimidia conveniri posse et debere.

Eisele bezieht die Worte „etiamsi non sit concessum“ auf ein ausdrückliches Versprechen, solidarisch haften zu wollen. Jedenfalls setzt die Stelle, auch wenn man dies annimmt, ein gemeinsames Mandat voraus, worauf insbesondere der Singular „mandato“, die gemeinsame Belangung und Verurteilung hinweist. Indessen möchte ich das „concessum“ sehr wörtlich — und wie ich zugebe, in einer etwas singulären Bedeutung — auf die Gemeinsamkeit der Verpflichtungshandlung beziehen: Electio tritt ein, auch wenn die Mandatoren nicht „zusammengegangen“ sind, nicht gemeinsam gehandelt haben. Während Ascoli und Eisele im Fall getrennten Mandats keine Elektion annehmen, macht die l. 7 cit. keinen Unterschied. Ebensowenig steht die l. 52 § 3 D. de fideiuss. 46, 1 entgegen (Papinianus libro XI responsor.):

Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur, sed omnes liberantur pecunia soluta.

Die Stelle muss, wie die Bezeichnung „eiusdem pecuniae mandatores“ ergibt, auf ein gemeinsames Mandat bezogen werden.[66]) Wodurch sonst würde die pecunia credenda für die mehreren Mandatoren zur „eadem pecunia?“ Dann aber stellt uns die lex vor die Alternative, hier entweder eine wirkliche „blosse Solidarobligation“ anzunehmen, oder die Stelle für interpoliert zu erklären. Letzteres scheint mir der richtige Weg zu sein. Aber ich glaube im Gegensatz zu Eisele nicht, dass die Worte „non liberantur“ echt und nur die Worte „absolutione quoque secuta“ Emblem sind, sondern dass Papinian die Gesamtwirkung der Litiskontestation angenommen hat. Dies ergibt die Phrase „si unus iudicio eligatur“, welche notwendig darauf hinweist, dass Elektion eintrat und so die Antwort auf die Frage schon in sich enthält. Dass die Stelle interpoliert ist, ergeben auch die Worte „absolutione quoque secuta“, welche von Papinian nicht geschrieben sein können, da eine Gesamtwirkung der Rechtskraft bei blosser Solidarität erst recht nicht in Frage kommen konnte. Dass aber auch der Rest nicht von Papinian geschrieben ist, ergibt sich daraus, dass der Satz „si unus iudicio eligatur, ceteri non liberantur“ für das klassische Recht geradezu eine contradictio in

[66]) Abweichend Eisele S. 461.

adiecto enthält. Für die Kompilatoren ist dies nicht der Fall: die electio ist für sie zu einem anderen terminus geworden und bezeichnet nichts weiter als die Haftbarmachung in solidum. Ich halte deshalb auch nicht für richtig, was Eisele[67]) über die Veranlassung der Interpolation bemerkt: dass die Kompilatoren, um diesen Fall von anderen, bei welchen sie das „non liberari" eingeführt hatten, zu scheiden, etwas hinzufügen mussten und deshalb das „absolutione quoque secuta" hinzugefügt haben. Eisele geht dabei von der herrschenden Ansicht aus, dass das freisprechende Urteil bei den Korrealobligationen Gesamtwirkung hat; wir glauben diese Voraussetzung oben als irrig erwiesen zu haben und sehen in der l. 52 § 3 cit. geradezu einen Beweis für unsere Ansicht, dass auch bei Korrealobligationen das Urteil nur inter partes wirkt.

Wenn aber im Fall gemeinschaftlichen Auftrags die Mandatoren Korrealschuldner waren, was gilt dann im Falle getrennten Mandats? M. W. behandeln die Quellen diesen Fall überhaupt nicht, und zwar deshalb, weil es ihnen selbstverständlich ist, dass regelmässig dann weder Korrealität, noch Solidarität vorliegt. Freilich sind alle Schriftsteller über diesen Punkt anderer Meinung; indessen halte ich dieses Ergebnis für notwendig. Man denke an das Kreditmandat: A beauftragt den B, dem C ein Darlehen von 1000 Mark zu geben; den gleichen Auftrag gaben D und E. Wie soll denn die Identität entstehen, ausser durch die Gemeinsamkeit des Auftrages? Andernfalls sind die Mandate ihrem Gegenstande nach verschieden, da auch verschiedene Darlehen in Frage kamen; infolgedessen sind auch die actiones mandati contrariae verschieden. Das nämliche gilt aber für jedes andere Mandat; wenn mehrere Personen, jede für sich, einem Unterhändler den Auftrag geben, den fundus Cornelianus zu kaufen, so liegt weder aktive, noch passive Solidarität vor; der Mandatar hat Anspruch auf Ersatz der ihm aus der Erfüllung eines jeden Auftrages erwachsenen Auslagen und die Leistung dieses Ersatzes von seiten des einen Mandanten befreit den anderen Mandanten nicht. Nur wird in diesem Fall eine mehrfache actio contraria deshalb nicht zur Entstehung kommen, weil die einzelnen Aufträge bei Getrenntheit der Beauftragung gerade wegen der Identität des Leistungsgegenstandes mit einander unverträglich sind, so dass nur ein Auftrag erfüllt werden kann

[67]) S. 461.

und die Übernahme eines weiteren Auftrages gegen die bona fides verstossen würde. Nur muss man im Auge behalten, dass die Gemeinsamkeit des Mandats nicht notwendig die Einheit des Aktes voraussetzt; da das Mandat bonae fidei ist, kann die Identifizierung wohl auch in anderer Weise erkenntlich gemacht werden, „etiamsi non sit concessum in mandato“.

Es ist hier nochmals auf die l. 28 C. de fideiuss. 8, 40 zurückzukommen, welche anordnet, dass „quemadmodum in mandatoribus statutum est“, auch die Mitbürgen durch Litiskontestation nicht befreit werden sollen. M. E. weist der Ausdruck „statutum est“ auf eine Konstitution hin, wenn er auch zu objektiv lautet, um auf Justinian selbst bezogen zu werden. Dass ehedem für Mandataren das nämliche galt wie für duo rei promittendi, ergibt sich auch aus einer anderen, wenig beachteten Stelle: l. 23 C. de fideiuss. 8, 40, impp. Diocletianus et Maximianus a° 294:

> Reos principales vel mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire vel satis non faciente contra quem egeras primo, post ad alium reverti, cum nullus de his electione liberatur, licet.

Um der Ribbentropschen Unterscheidung willen nimmt Fitting[68]) an, dass unter den „rei principales“ nur die Hauptschuldner im Gegensatz zu den Bürgen, nicht im Verhältnis zu einander gemeint seien.[69]) M. E. ist dies nicht annehmbar, weil der Plural nahelegt, dass mehrere Haupt- und Nebenschuldner in Betracht kommen und überdies das „vel“ darauf hinweist, dass die mandatores den rei principales gleichgestellt werden sollen, wie es auch unmöglich in Zusammenhang mit „eligere“ gebracht werden kann. Es soll mit der Stelle nur gesagt sein, dass mehrere Solidarschuldner elektiv in solidum oder pro parte belangt werden können; alles übrige ist ein Zusatz der Kompilatoren, der für die rei promittendi durch die l. 28 C. de fideiuss., für die Mandatoren durch eine andere, uns unbekannte Konstitution erforderlich wurde.

III. Dass unter mehreren getrennt Promittierenden Solidarität entstehe, behaupten Czyhlarz und andere. Wir haben schon oben ausgeführt, wie unbegründet diese Meinung ist, indem weder Korrealität nach Solidarität, sondern entweder Multiplikation oder Novation entstand. Bei relativer Promission freilich accediert seit Justinian die spätere Obligation der früheren; aber dass das

[68]) S. 190 N. 211.

[69]) Ebenso v. Wening-Ingenheim in Lindes Zeitschr. IV S. 392 N. 3.

entstehende Verhältnis kein korreales sei, ist aus den hierauf bezüglichen Stellen nicht zu entnehmen. Überdies haben wir im III. Kapitel den Nachweis geführt, dass, abgesehen von der Wirkung der Litiskontestation, Verschiedenheiten zwischen der Korreal- und der Solidarobligation nicht bestanden; da die Gesamtwirkung der Litiskontestation im Justinianischen Recht beseitigt ist, ist mithin die Frage, die erst für das justinianische Recht gestellt werden kann, gegenstandslos. [70])

IV. Dass das Constitutum debiti alieni eine blosse Solidarobligation begründe, behauptet man auf Grund der l. 18 § 3 D. de pec. const. 13, 5. Wir haben uns schon oben gegen diese Annahme gewandt [71]) und dargethan, dass ein materieller Unterschied zwischen diesem und anderen Korrealfällen nicht besteht. Inwieweit ein formeller Unterschied für die Litiskontestation in Betracht kommen kann, wird im folgenden § erörtert werden.

V. Dass die unteilbaren Obligationen auch in Bezug auf die Wirkung der Litiskontestation wahre Korrealobligationen sind, soll im Folgenden dargethan werden.

Wir haben schon im II. Kapitel den Nachweis geliefert, dass die actio aquae pluviae arcendae gegen den einen Miteigentümer durch die Litiskontestation mit dem anderen konsumiert wurde; [72]) es sind uns noch einige andere Stellen überliefert, die sich auf die Wirkung der Litiskontestation bei den unteilbaren Obligationen beziehen. Nachdem wir oben [73]) den Nachweis geliefert haben, dass der Grund der Solidarhaftung bei Kommodataren und Depositaren in der Unteilbarkeit ihrer Leistung besteht, können wir uns hier darauf beschränken, die einschlägigen Stellen auf die Litiskontestationswirkung zu prüfen.

Hierher gehört die l. 1 § 43 D. depos. 16, 3 [74]) und die l. 5 § 15 D. commodati 13, 6 von Ulipian. Dass die beiden Stellen interpoliert sind, hat Eisele [75]) u. E. überzeugend dargethan. Insbesondere enthalten die Worte „non enim electione, sed solutione liberantur“ der l. 1 § 43 cit. eine Tautologie mit dem Vorhergehenden „nec liberabitur alter“, während das „enim“ ihnen die Rolle einer Begründung zuweist. Für Ulpian ist diese

[70]) S. auch Eisele S. 462.

[71]) Oben S. 155 ff.

[72]) § 4 S. 79 ff.

[73]) § 4 S. 97 ff.

[74]) Oben S. 97 ff.

[75]) S. 448 ff.

Tautologie nicht denkbar; für die Kompilatoren ist sie zwar auch vorhanden; aber diese dürfen einerseits nur mit geringerem Mass gemessen werden, anderseits ist die Tautologie für den Standpunkt der Kompilatoren weniger unerträglich, da sich in dem „non enim" der Gedanke verbirgt: So soll es sich in Zukunft verhalten. Auch die unvorsichtige Verweisung auf das „exemplum duorum tutorum" bildet einen Beweis dafür, dass die Stelle ursprünglich die Gesamtwirkung der Litiskontestation anerkannt haben muss.

Nur in einem Punkte müssen wir Eisele widersprechen. Ihm sind die Worte „et idcirco sit absolutus" ein Beweis dafür, dass der Fall im Sinn der Korrealität geregelt werden sollte, wie sie durch die l. 28 C. de fideiuss. gestaltet worden ist, insofern Eisele die Ansicht teilt, dass das liberatorische Urteil Gesamtwirkung hat.[76]) In der That müssen wir zugeben, dass von allen Argumenten, welche man für diese Ansicht vorgebracht hat, dasjenige das bedeutendste ist, welches Eisele aus dieser Stelle und der l. 52 § 3 D. de mandatoribus 46, 1 entnimmt. Wenn Papinian und Ulpian den einen Mandator oder Depositar schon befreit werden lassen „si alter iudicio eligatur", was soll dann noch die Erwähnung des freisprechenden Erkenntnisses? Das „absolutione quoque secuta" der l. 52 § 3 muss also ein Zusatz der Kompilatoren sein, und ebenso das „et idcirco sit absolutus" der l. 1 § 43. Aber dann ist in den beiden Stellen m. E. geradezu ein Argument gegen die behauptete Rechtskraftwirkung enthalten, weil das Urteil nach den beiden Stellen keine Gesamtwirkung haben soll. Eisele freilich nimmt einen anderen Standpunkt ein, da für ihn im Fall der l. 52 § 3 cit. nur Solidarität vorliegt und für ihn das „idcirco absolutus" der l. 1 § 43 cit. darauf hinweist, dass das Urteil nur de persona, nicht de re ergangen ist. Indessen sind, wie wir gezeigt haben, die Mandatoren der l. 52 § 3 Korrealschuldner, und nichts spricht dafür, dass das dort erwähnte Urteil nur über eine „persönliche Beziehung" ergangen ist; infolgedessen wird man auch bei der l. 1 § 43 den Nachdruck nicht auf das „idcirco", sondern auf das „absolutus" legen müssen, und damit stimmt auch der Ulpianische Text vollkommen überein: Ulpia nunterscheidet zwei Fälle, welche sich aus dem allgemeinen Satze „Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque poterit agi" ableiten: 1. si ambo dolo fecerunt und 2. si alter dolo non fecerit. In beiden Fällen befreit die Litis-

[76]) S. 450.

kontestation; wenn die Kompilatoren an den letzteren das „idcirco absolutus“ anfügten, so mögen sie wohl nur haben sagen wollen: Wenn infolge der Abweisung der Kläger nicht zum Ziel gekommen ist, unbefriedigt geblieben ist. Dass ein Urteil überhaupt nicht „de re“ ergehen kann, wie Eisele und andere annehmen, haben wir oben gezeigt.

Ebenso ist mit Eisele [77]) die l. 5 § 15 D. commodati für interpoliert zu erachten. Auch in dieser Stelle sieht man in der Regel einen Beweis für die Richtigkeit der Ribbentropschen Unterscheidung. [78]) Man nimmt als Gedankengang Ulpians an, dass solidarische Haftung auch ohne besondere Verabredung entstehe, und dass dieser Fall grosse Ähnlichkeit mit einer Korrealobligation habe (quodammodo), dass aber auch Verschiedenheiten bestehen, z. B. hinsichtlich der Litiskontestationswirkung. [79]) Man kann aber schon dagegen erwidern, dass nach dem Wortlaut der Stelle [80]) die Befreiung des einen Kommodatars durch die Leistung seitens des belangten Mitschuldners nicht einen Gegensatz zur Korrealität, sondern eine Folge aus derselben bezeichnet und dass insofern der behauptete Vergleich, wenn Ulpian nichts weiter als einen solchen im Auge gehabt hätte, auf eine absolute Gleichstellung hinausgelaufen wäre. Indessen hat Ulpian diese Folgerung nicht ziehen können, da bei duo rei nicht erst die Leistung, sondern schon die Litiskontestation den Mitschuldner befreite. Darin liegt der Beweis für die Interpolation. Statt der genannten Wendung hat Ulpian geschrieben „et alter conventus liberabit alterum“, was allein einen Vergleich mit duo rei (sc. promittendi) ermöglicht. Allerdings ist zuzugeben, dass das „quodammodo“ nicht, wie Eisele meint, für die Interpolation spricht, sondern eher Bedenken dagegen erwecken könnte, da Ulpian von duo rei, nicht von duo rei promittendi spricht; wenn in l. 8 § 1 D. de leg. I°, welche sicher interpoliert ist, von quasi duo rei gesprochen wird, so ist zu beachten, dass dort auch das Wort „promittendi“ beigefügt ist, und dass sich auf dieses das „quasi“ bezieht. [81]) Indessen darf dies keine

---

[77]) S. 435 ff.

[78]) Ribbentrop S. 122 ff.; Savigny, Obl. I S. 205; Helmolt S. 64 ff.; Ubbelohde S. 268; Brinz II S. 81, 86; Windscheid II § 298 N. 3 u. a. m.

[79]) Landucci S. 51.

[80]) „et si alter conventus praestitisset“.

[81]) So ganz missglückt ist also die Argumentation Ribbentrops S. 134 vgl. mit S. 43 doch nicht, wie Eisele S. 435 N. 55 meint.

ernstliche Schwierigkeit bilden; die Anzeichen der Interpolation sind in der l. 5 § 15 so deutlich, dass man annehmen muss, es habe Ulpian ebenso wie Papinian in l. 8 § 1 die duo rei promittendi vor Augen gehabt, oder es habe den Kompilatoren der unklare Gedanke vorgeschwebt, die Kommodatare durch die Interpolation zu „quasi duo rei" im Sinne des alten Rechts zu machen.[82])

Hieran reihe ich die berühmte l. 15 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24: Ulpianus libro LXXI ad edictum:

> Si in sepulchro alieno terra congesta fuerit iussu meo agendum esse quod vi aut clam mecum Labeo scribit. Et si communi consilio plurium id factum sit, licere vel cum uno vel cum singulis experiri: opus enim, quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare. si tamen proprio quis eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum: itaque alter conventus alterum non liberabit, quin immo perceptio ab altero: superiore etenim casu alterius conventio alterum liberat. praeterea sepulchri quoque violati agi potest.

Der Versuch, den Ribbentrop gemacht hat, die Stelle, so gut es gehen will, mit den Stellen, welche von der Delikts- und Quasideliktssolidarität handeln, zu vereinigen, dadurch, dass er die Worte „alterius conventio alterum liberat" auf die wirkliche Befriedigung des Klägers bezog, dürfte wohl oben genügend zurückgewiesen sein. Die Stelle hat aber auch abgesehen von dieser, in textlicher und inhaltlicher Beziehung Schwierigkeiten bereitet. Bei oberflächlicher Betrachtung unterscheidet Ulpian mit Labeo drei Fälle: I Si iussu meo terra congesta fuerit, II Si communi consilio plurium id factum sit, und III Si proprio quis consilio eorum hoc fecerit. Im Fall I steht gegen den Befehlenden das interdictum quod vi aut clam zu; im Fall II kann „vel cum uno vel cum singulis experiri", wobei, wenn gegen einen in solidum geklagt wird, die Litiskontestation die anderen befreit; im Fall III „cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum", und es soll weder die Litiskontestation, noch die Zahlung die übrigen Schuldner befreien.

Während der erste Fall keine Schwierigkeiten bietet, hat man deren um so mehr im zweiten und dritten Fall zu über-

---

[82]) Im Näheren vgl. Ascoli S. 34; Eisele S. 435 ff.

winden. Denn einerseits ist es ganz auffällig für jeden Anhänger der herrschenden Korrealitätslehre, dass unter mehreren Delinquenten Elektion stattfinden soll, anderseits scheint im dritten Fall das „scilicet in solidum“ mit dem „quin immo perceptio“, welches nach den Lehren der Grammatik überhaupt keinen Sinn gibt, aber doch wohl mit „nicht einmal die Zahlung“ übersetzt werden darf, in einem unlösbaren Widerspruch zu stehen. Überdies ist nicht einzusehen, warum im III. Fall Solidarität — scilicet in solidum — eintreten soll, da jeder doch nur einen Teilerfolg gewollt und erzielt hat, und noch weniger, warum die Kumulation erfolgt, — immo perceptio — da aus dem Fehlen des gemeinsamen Vorsatzes sich diese ungeheuerliche Folge nicht wohl ergeben kann.

Man hat diesen anscheinend schwachen Syllogismus durch Emendationen zu verbessern gesucht, von welchen wir die eine, in der Einschiebung eines „nec“ zwischen „immo“ und „perceptio“ bestehend,[83]) vorbehaltlos acceptieren. Damit stellen wir fest, dass im dritten Fall keine Solidarität vorliegt. Es fragt sich nur, wie dieser Fall in thatsächlicher Beziehung denkbar ist. Bekker nimmt an,[84]) dass sich das „si proprio quis consilio hoc fecerit“ auf einen iussus, der aus dem ersten Satz zu ergänzen wäre, beziehe; denn wenn die Erde proprio cuiusque consilio aufgeschaufelt worden wäre, so hätte dies nicht ganz, sondern nur zu einem Teil geschehen können. Deshalb ist Bekker auch nicht abgeneigt, auch bei dem „si id factum sit“ des zweiten Falles an einen iussus zu denken. Bekkers Argumentation ist dabei: der einzelne hat nach der Stelle für den ganzen Erfolg zu haften; folglich muss dieser ihm ganz zugerechnet werden können, was nur im Fall des iussus möglich ist.[85]) M. E. scheitert diese Auslegung aber an den Worten der Stelle. Das „factum sit“ und „fecerit“ auf den „iussus“ zu beziehen, ist schon an und für sich hart, geradezu ein Germanismus. Ausserdem lässt der Zusammenhang es schlechterdings nicht zu, bei dem „hoc fecerit“ an etwas anderes zu denken als bei dem „id factum sit“, und ebensowenig, dieses auf etwas anderes als das „congesta fuerit“ zu beziehen.

Anderseits freilich ist Stölzel,[86]) dem ich in dieser Beziehung zustimme, insofern zu widersprechen, als er annimmt, dass im

[83]) Eisele Archiv 77 S. 427 ff.

[84]) Aktionen I S. 179.

[85]) Zweifelnd Ziebarth, Iherings Jahrb. XII S. 405 f.

[86]) Operis novi nuntiatio S. 405.

III. Fall der einzelne nur pro parte hafte, und dass der Kläger, wenn er das Ganze erlangen wolle, gegen alle zugleich klagen müsse, da das „cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum", dem direkt widerspricht. Diese Schwierigkeit hat Schmidt[87]) veranlasst, die Worte „scilicet in solidum" als Glossem aus der Stelle zu entfernen, welches nicht an sich falsch, sondern an falscher Stelle in den Text geraten sei, indem es zu den vorhergehenden Worten licere — experiri gehören soll; der Gegensatz, den Labeo zwischen dem zweiten und dritten Fall statuiert, bestehe demnach darin, dass im ersteren Solidar- bezw. Korrealhaftung, im letzteren Teilhaftung eintritt.

Weniger verständlich ist die Interpretation Pernices,[88]) welcher es für „schlechthin undenkbar" erklärt, dass das consilium commune bei einer Deliktsklage zur elektiven Konkurrenz führen sollte. Pernice hält daher die Stelle in ihrem letzten Teil für interpoliert: während Labeo und Ulpian im Fall des consilium commune Solidarität, im Fall des consilium proprium Kumulation angenommen, was Pernice klar und vernünftig findet, was aber den Kompilatoren nicht gepasst habe, sollen diese mit ihrem beliebten scilicet die Dinge auf den Kopf gestellt haben. U. E. ist es keineswegs klar, sondern geradezu rätselhaft, warum die proprio consilio Handelnden mehr als solidarisch haften sollen; ausserdem ist nicht anzunehmen, dass die Kompilatoren in diese Stelle eine Litiskontestationswirkung hineininterpolierten, die sie an allen anderen Orten mit möglichster Gewissenhaftigkeit zu beseitigen trachteten.[89])

Auch der Annahme Lenels, dass die Worte „scilicet in solidum" und „quin immo perceptio ab altero" Glossem seien, und dass die Stelle nur den Gegensatz von Korrealität und Solidarität behandle,[90]) vermag ich nicht zuzustimmen, da jede Begründung dieses Gegensatzes fehlt. Und ebensowenig will mir Dernburgs Erklärungsversuch[91]) einleuchten. Nach ihm bilden die Worte: „si tamen proprio quis eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum" die Interpretation eines stümperhaften Juristen, die als Glossem in den Text Ulpians gekommen ist. Hiernach hat Labeo nur zwei Fälle unterschieden, je nach-

---

[87]) Interdiktenverfahren S. 200.
[88]) Zeitschrift f. Handelsrecht XXXIII S. 440.
[89]) Vgl. Eisele S. 430.
[90]) Palingenesia II Ulpian No. 1598.
[91]) Pandekten II § 72 N. 6.

dem mehrere communi consilio handelten oder (superiore etenim casu) der Thäter „iussu meo“ handelte. Im ersteren Fall befreit selbst die Leistung des einen den anderen nicht, im letzteren befreit schon die Litiskontestation. Auch Dernburg geht nach dieser Erklärung davon aus, dass das interdictum quod vi Deliktsklage sei,[92]) ja er macht es geradezu zur reinen Pönalklage. Abgesehen von dieser Frage, auf die wir noch zurückkehren werden, scheint uns die Stelle sich Dernburgs Lösungsversuch hartnäckig zu widersetzen. Wenn für Labeo der Gegensatz nicht proprium — commune consilium, sondern iussus und Mitthäterschaft war, so ist es in der Stelle vollkommen belanglos, dass das Werk „communi consilio“ errichtet wurde. Ausserdem scheitert m. E. diese Lösung an dem „iussus“ im Eingang der Stelle. Iussus ist niemals die blosse Anstiftung, sondern der Befehl an eine dem iubens untergeordnete Person; mag der erstere eine Behörde, oder der dominus bezw. paterfamilias, oder der Testator gegenüber dem Erben sein.[93]) Die Anstiftung einer gewaltfreien Person bezeichnen die Römer mit mandatum.[94]) Dem entspricht auch, dass in der l. 15 § 2 Labeo nur den Jubenten haften lässt, also gar keine Schuldnermehrheit im Auge hat:

> „agendum esse quod vi aut clam mecum Labeo scribit“,

während doch feststeht, dass gerade im Fall des interdictum quod vi aut clam der Anstifter neben dem Thäter, und zwar in solidum haftete.[95]) Es ist deshalb nicht möglich, dass Ulpian von der Anstiftung handelte,[96]) und, da er nur einen Schuldner im Auge hatte, kann den „superior casus“ nicht der Fall des iussus, sondern nur der Fall der Mitthäterschaft communi consilio bilden sollen. —

Wir haben schon oben unsere Zustimmung zu Eiseles Emendation „quin immo nec perceptio“ erklärt, da wir es für unmöglich hielten, mit Ziebarth[97]) das „quin immo“ mit „sondern

[92]) Vgl. eod. I § 234, insbes. N. 3.

[93]) Vgl. l. 51 § 1 D. de pactis 2, 14; l. 32; l. 36 D. de R. C. 12, 1; l. 7 pr.; l. 9 D. de cond. causa data 12, 4; l. 36 D. de J. D. 23, 3; l. 21 D. de nov. 46, 2; l. 64 D. de solut. 46, 3 u. a. m.

[94]) Vgl. l. 5 §§ 11, 12; l. 6 D. h. t. 43, 24. Rein, Kriminalrecht der Römer S. 193.

[95]) Rein a. a. O. S. 194.

[96]) Darüber, dass der beauftragte Gewaltunterworfene aus dem Delikt, wenn es nicht ein crimen atrox war, nicht haftete, vgl. l. 2 pr. § 1 D. de nox. action. 9, 4.

[97]) a. a. O. S. 406.

vielmehr“ wiederzugeben. Dagegen können wir auch Eisele im weiteren nicht folgen, wenn er aus den Worten „cum omnibus, scilicet in solidum“, im Gegensatz zu den vorhergehenden, „cum singulis“ entnehmen will, dass Labeo mit den ersteren auf kumulative Ganzhaftung habe hinweisen wollen.

Wir glauben, die Stelle ohne weitere Konjektur befriedigend erklären zu können. Geht man davon aus, dass Labeo-Ulpian „quin immo nec perceptio“ geschrieben hat, so besteht ausser der kumulativen Ganzhaftung Eiseles und der Teilhaftung Stölzels noch eine dritte Möglichkeit, dass nämlich der einzelne, der proprio consilio gehandelt, für den Erfolg seines Handelns aufkommen muss, und zwar ganz, „scilicet in solidum“, dass aber die einzelnen Obligationen ihrem Gegenstand nach verschieden sind, also auch keine Solidarität im technischen Sinne vorliegt.

Diese Annahme aber entspricht allein dem Wortlaut der Stelle, der Natur der Sache und der Natur des interdictum quod vi aut clam.

Denn es wäre geradezu unverständlich, wie sich die Deliktshaftung eines einzelnen dadurch vergrössern sollte, dass andere, ganz ohne sein Wissen, ohne dass er es also verhindern konnte, ein gleiches Delikt begingen. Will man mit Dernburg und Eisele von der Eigenschaft des interdictum quod vi aut clam als Deliktsklage ausgehen, dann muss die Multiplikation der Ansprüche gerade im Fall der Mitthäterschaft eintreten, nicht im Fall der Alleinthäterschaft. Ebensowenig ist die Solidarität im letzteren Fall zu rechtfertigen. Ziebarth [98]) beruft sich zwar auf die l. 51 §§ 1 und 2 D. ad legem Aquiliam 9, 2; aber diese Stellen lassen sich, wie mir scheint, hier nicht verwenden. Sie handeln von einem Sklaven, der von mehreren Personen verwundet wurde. Wenn der Arzt nicht feststellen kann, welche Wunde den Tod herbeigeführt hat, so sollen a l l e haften; aber nicht notwendigerweise solidarisch; dann nämlich nicht, wenn sie die Wunden zu verschiedenen Zeiten beigebracht haben. Wenn im letzteren Fall jeder den auf besondere Weise berechneten Wert des Sklaven zu ersetzen hat, so beruht dies darauf, dass die actio legis Aquiliae Delikts- und Strafklage ist. [99]) Von Solidarität aber ist gerade im letzteren Fall, wenn also „proprio quis consilio hoc fecit“, keine Rede. Die Frage, die in l. 51 cit. erörtert wird, ist nur

---

[98]) S. 405 unten.
[99]) Vgl. Karlowa II S. 802.

eine Beweisfrage, wie auch das am Schlusse angeführte Beispiel des Diebstahls zeigt.[100]) Eine andere Frage ist freilich, wie im Fall der l. 15 § 2 quod vi aut clam der Kläger nachweisen soll, wieviel Erde jeder auf das Grab geschafft hat. Indessen wird diese Frage von Ulpian nicht erörtert.

Unsere Auslegung entspricht also der Natur der Sache: der einzelne kann nur dafür verantwortlich gemacht werden, was er verursacht hat. Sie entspricht aber auch allein dem interdictum quod vi aut clam, welches niemals eine Pönalklage war, sondern stets restitutorisch war, d. h. auf Wiederherstellung des früheren Zustandes ging.[101]) Auch deshalb kann weder von Kumulation noch von Solidarität die Rede sein; ist vielmehr jeder Thäter nur zur Beseitigung dessen, was er selbst angerichtet hat, verpflichtet, so erklärt sich das „in solidum": jeder haftet ganz, aber nur für sein opus. Wer dagegen Kumulation annimmt, verstösst gegen die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts. Ich kann mir denken, dass ein logischer Jurist im Fall der Mitthäterschaft die Thäter überhaupt nicht haften lässt, weil keiner das Delikt begangen hat, wenn es von ihm allein nicht vollendet werden konnte;[102]) ebenso, dass getrennte Handlung die Solidarität ausschliesst; nicht aber, dass sie die Haftung über die Solidarität steigern könnte.

Ziebarth verweist auf l. 9 D. de iurisdict. 2, 1 von Paulus (libro III ad edictum):[103])

> Si familia alicuius album corruperit, non similiter hic edicitur ut in furto, ne in reliquos actio detur, si tantum dominus, cum defendere voluit, unius nomine praestiterit, quantum liber praestaret: fortasse quia hic et contempta maiestas praetoris vindicatur et plura facta intelleguntur. quemadmodum cum plures servi iniuriam fecerunt vel damnum dederunt, quia plura facta sunt, non ut in furto unum, Octavenus hic quoque domino succurrendum ait: sed hoc potest dici, si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumperetur, quia tunc unum consilium sit, non plura facta. idem Pomponius libro decimo notat.

Ich finde in dieser Stelle nur eine Bestätigung meiner An-

---

[100]) Vgl. auch l. 11 § 2 D. eod. 9, 2.
[101]) l. 1 § 1 D. quod. vi aut clam 43, 24.
[102]) Vgl. l. 51 § 1 i. f. cit. ad leg. Aquil. 9, 2.
[103]) S. 406.

sicht: das furtum begründet nur eine Klage gegen den Gewalthaber, quia unum factum est. Dagegen liegen so viele Beleidigungen oder Beschädigungen vor, als Thäter vorhanden sind, und daher haftet der Gewalthaber für seine Sklaven in diesen beiden Fällen wie auch der actio in factum wegen des album corruptum nicht solidarisch, sondern so oft, als Delikte vorliegen. Wenn Oktavenus die kumulative Haftung dann verneint, wenn die Sklaven nur einen Dritten gemeinsam angestiftet haben, so lässt dies einen Schluss auf unseren Fall nicht zu, weil im letzteren, wenn auch das consilium commune war, doch mehrere facta vorlagen, während in dem von Oktavenus behandelten Fall nur eine Handlung in Frage kommt und das consilium commune nur insofern eine Rolle spielt, als es die Ursache der Einheit des Deliktes bildet. Würden verschiedene Anstiftungen erfolgt sein, so würde der Thäter wohl auch verschiedene Delikte begangen haben. Wir werden darauf bei Betrachtung der Deliktsobligationen zurückkommen.

Die l. 15 § 2 quod vi aut clam ergibt jedoch im Gegensatz zu dieser Stelle, dass der dolus communis die Haftung der einzelnen nicht erleichtert, sondern verschärft. Wenn die l. 9 den Gewalthaber im Fall der gemeinsamen Anstiftung nur einmal haften lässt, so erscheint dies als eine Begünstigung „domino succurrendum“; die Korrealität der l. 15 § 2 ist eine Benachteiligung. Man wird aus der l. 9 auf die Deliktssolidarität deshalb nicht schliessen dürfen, weil nicht eine Mehrheit von Schuldnern, sondern ein für mehrere Personen haftender Schuldner in Frage steht; aber selbst wenn dieser Schluss möglich wäre, würde aus der l. 9 nichts für die l. 15 § 2 entnommen werden können. Die letztere Stelle betrachtet das interdictum quod vi aut clam nicht vom Deliktsstandpunkte aus. Sie gibt den Grund der Korrealität deutlich genug an in den Worten:

> „opus enim quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare“.

Den Gegenstand des Interdikts bildet die Restitution; die Restitution eines gemeinsamen Werkes aber ist ein factum individuum. So erklärt es sich, warum die Thäter nur dann solidarisch haften, wenn sie communi consilio gehandelt haben: Weil jeder zwar nur einen Teil des Werkes errichtet, aber doch das Ganze gewollt und mit den anderen aufgeführt hat. Das consilium commune macht das opus zu einem „pro indiviso factum“, und daher ist auch nur die Restitution pro indiviso denkbar; sie enthält überdies keine Unbilligkeit gegen die einzelnen Teilnehmer.

Es hat denn auch schon Ribbentrop[104]) die Frage aufgeworfen, ob die Stelle nicht von der Unteilbarkeit der Leistung handle. Er verneint die Frage mit der nichtssagenden Begründung, es dürfe sich schwerlich einsehen lassen, warum bei einem opus vi aut clam factum die solidarische Verbindlichkeit der einzelnen Thäter aus einem anderen Grunde abgeleitet und demgemäss zum offenbaren Nachteil des Beschädigten ganz anders beurteilt werden solle, als bei anderen Delikten und Malefizien. Wie wenig diese Begründung besagt, wird unsere Betrachtung der Deliktsobligationen ergeben. Überdies halten wir es für unrichtig, das interdictum als Deliktsklage zu bezeichnen; mit dem nämlichen Rechte könnte man die actio aquae pluviae arcendae und sämtliche persönlichen Klagen des Eigentümers überhaupt unter diesen Gesichtspunkt bringen. Richtig ist nur, dass es in manchen Beziehungen den Deliktsklagen gleichgestellt war: So in Bezug auf die noxae datio, wie auf die Verpflichtung des Vormunds und Kurators.[105]) Der Inhalt der Obligation widerspricht auch direkt der Deliktsobligation: Weder Strafe, noch Schadenersatz kommt in Frage, sondern einfache Restitution, wenn auch durch das iudicium secutorium eine Interesseleistung erzielt wurde.[106]) Insofern steht das Interdikt in einer Linie mit der operis novi nuntiatio[107]) und der actio aquae pluviae arcendae.[108]) Wenn ein „idem" restituiert werden soll, so kann es nur in solidum restituiert werden; die Voraussetzung ist, dass jeder zu diesem „idem" verpflichtet ist. Dies richtet sich danach, ob das opus pro indiviso aufgeführt ist oder nicht, und letzteres ist der Fall, wenn „proprio cuiusque consilio hoc factum sit".

Endlich sei gestattet, auf die l. 25 § 10 D. fam. erciscundae 10, 2 hinzuweisen, die wir schon oben bei Besprechung des Regresses für interpoliert erklärt haben.

Damit ist für uns die Frage der Korrealität wegen Unteilbarkeit der Leistung gelöst. Dass sie bisher den Schriftstellern Schwierigkeiten bereitet hat, rührt m. E. davon her, dass sie von Anfang an mit allgemeinen Gründen behandelt wurde und dass man an die Digestenfragmente das kritische Messer nicht anzulegen wagte. Ribbentrop musste die

---

[104]) S. 102.

[105]) Vgl. l. 7 § 1; l. 14; l. 11 § 6 D. quod vi aut clam 43, 24.

[106]) l. 15 § 7 D. eod. 43, 24.

[107]) l. 31 § 5 D. de operis n. n. 39, 1.

[108]) l. 11 § 2 D. de aqua 39, 3.

Korrealität verneinen, weil er a priori die Solidarität in Abrede stellte;[109]) Savigny gelangte zur Annahme der Korrealität aus keinem besseren Grunde, als „weil es in der That eine und dieselbe Obligation ist, die sich ganz und ungeteilt auf mehrere Schuldner bezieht".[110]) Brinz behauptet, dass die Quellen darüber schweigen, wie es das römische Recht in diesem Fall gehalten habe und sieht sich genötigt, die Behauptung Savignys a priori abzulehnen.[111]) Nur Ubbelohde hat die Frage rein positiv behandelt: die Quellen ergeben nach ihm, dass die Litiskontestation über eine unteilbare Obligation der Gesamtwirkung entbehrt, weshalb die Korrealität abzulehnen ist.[112])

Wir dagegen glauben in teilweiser Übereinstimmung mit Eisele gezeigt zu haben, dass die klassischen Juristen die Frage im Sinne der Korrealität entschieden und dass erst die Kompilatoren auf Grund der l. 28 C. de fideiuss. die Korrealität in Solidarität verwandelt haben. Kommodatare, Depositare, Schuldner aus der operis novi nuntiatio, mit dem interdictum quod vi aut clam und der actio aquae pluviae arcendae Haftende sind Korrealschuldner, nicht weil sie „in einer und derselben Obligation stünden", sondern weil sie die Quellen als solche bezeichnen.

Auch Landucci[113]) erkennt die Gesamtwirkung der Litiskontestation bei den unteilbaren Obligationen an, aber ohne daraus die uns unvermeidlich scheinende Folgerung zu ziehen. Korrealität kann für ihn deshalb nicht vorliegen, weil für ihn die Unteilbarkeit keine Solidarität begründet. Dadurch entgeht Landucci der Schwierigkeit, die Stellen, welche wir in diesem Zusammenhang besprochen haben, mit der l. 9 pr. D. h. t. 45, 2 zu vereinigen: Korrealität kann durch besonderen Vertrag entstehen, mag die Obligation der mehreren Schuldner teilbar oder unteilbar sein. Wir müssen dagegen die l. 9 cit. einer genaueren Prüfung unterziehen:

> Papinianus libro XXVII quaestionum: Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione

---

[109]) S. 233.

[110]) Obl. I S. 367 f.

[111]) Krit. Bl. IV S. 12.

[112]) S. 267 f.

[113]) S. 65 f.

venditione, locatione conductione, deposito, commodato, testamento, utputa si pluribus heredibus institutis testator dixit: „Titius et Maevius Sempronio decem dato“.

Die herrschende Lehre versteht diese Stelle von der ausdrücklichen Vereinbarung der Korrealität und stellt in Gegensatz zu dieser Vertragskorrealität die Solidarität, welche sich aus der Unteilbarkeit der Deposital- oder Kommodatsobligation ergibt. Für diese Auffassung sprechen auch die Worte „utriusque fidem in solidum secutus“; mehr noch, wie ich glaube, das „similiter“, da die ersteren auch an sich so verstanden werden können, dass die solidarische Sichhaftbarmachung als Folge des „pariter deponere“, der Hingabe zu gemeinsamer Aufbewahrung, erscheint. Das „similiter“ macht allein diese Auffassung unmöglich; es zeigt, dass das „in solidum fidem sequi“ nicht die Folge, sondern eine Modalität des deponere bezeichnen muss.[114]) Das nämliche ergibt sich aus der Hereinziehung der Verkäufer, Vermieter, Onerierten: An sich haften diese pro parte, und es bedarf einer besonderen Vereinbarung[115]) bezw. einer besonderen Legatsform, damit Solidarität entsteht.

Deshalb scheint es mir notwendig, die l. 9 von der Solidaritätsabrede zu verstehen. Damit soll aber nicht gesagt sein, dass im Gegensatz zur l. 9 die l. 1 § 43 D. depositi und die l. 5 § 15 commodati auf „blosse Solidarität“ zu beziehen wären. Es ist denkbar, dass Papinian in Bezug auf die Teilbarkeit der Leistung anderer Meinung war als Ulpian, und besonders nahegelegt wird dies durch die Betrachtung der l. 5 § 15 cit., welche ersehen lässt, dass auch Ulpian über die Annahme der Solidarität nicht unbedenklich war. Wie sich Ulpian über die Zweifel hinwegsetzt, welche die Möglichkeit geteilter Benutzung der geliehenen oder vermieteten Sache erweckt, und sich ganz richtig trotz dieser Möglichkeit für die Solidarhaftung entscheidet, weil der Grund der Solidarität nicht die Unteilbarkeit des Gebrauchs, sondern der Restitution ist, so kann sich auch Papinian im Zweifel über die Solidarität befunden haben, es kann die Frage überhaupt zweifelhaft gewesen sein und daher die Korrealitätsabrede die Bedeutung gehabt haben, aller Zweifel ungeachtet Solidarität zu erzeugen. Überdies kommt in Betracht, dass die Obligation der Kommodatare und Depositare nur dann solidarisch ist, wenn

---

[114]) Anders Eisele S. 450.
[115]) Vgl. l. 47 D. locati 19, 2.

die Restitution unteilbar ist; wir haben bereits oben einen Fall kennen gelernt, in welchem die Depositare nur pro rata hafteten.[116]) Hier möchte die Korrealitätsabrede zweifellos von praktischer Bedeutung gewesen sein.[117])

Mit den behandelten Quellenstellen wird zugleich eine Unterscheidung widerlegt, die Ribbentrop glaubt in Bezug auf verschiedene Arten von unteilbaren Obligationen machen zu müssen.[118]) Einen in die Augen fallenden Unterschied erblickt Ribbentrop zwischen den Obligationen, welche auf Restitution einer Sache, und denen, welche auf ein unteilbares facere gerichtet sind, insofern die Restitutionsmöglichkeit mit dem Besitz gegeben sei, während das facere Mühe, Kosten, Arbeit verursache. Während für Ribbentrop bei den ersteren der Grund der Solidarität nicht allein in der Unteilbarkeit liegt, sondern ausserdem noch darin, dass man die Sache bloss zu haben braucht, um sie restituieren zu können, und deshalb angenommen werden muss, dass nach der Absicht der Parteien der einzelne Schuldner für die Restitution und für die Vernachlässigung der dieselbe bedingenden diligentia und custodia in solidum haften zu wollen, soll es bei der anderen Gruppe fraglich sein, ob der einzelne habe für die Erfüllung solidarisch haften wollen, und daraus soll sich eine — angebliche — verschiedene Behandlung der condemnatio pecuniaria rechtfertigen.

Wir gestehen, dass wir diese Unterscheidung für bedeutungslos halten. Jedenfalls ist die Restitution nicht „unteilbarer" als irgend ein anderes facere oder non facere. Die Unteilbarkeit aber bildet den Grund der Solidarität in beiden Fällen, und zwar den ausschliesslichen Grund. Dass das Willensmoment in keinem derselben eine Rolle spielt, erhellt daraus, dass auch beim Erbgang Solidarität entsteht, obwohl das Willensmoment hier gar nicht in Betracht kommen kann, ein Argument, welches für Ribbentrop freilich nichts gilt, weil die verschiedenen Obligationen für ihn eben verschieden behandelt werden. Wir haben indessen schon im II. Kapitel gezeigt, dass dies den Quellen nicht entspricht.

---

[116]) Oben S. 112.

[117]) Über die l. 9 pr. h. t. vgl. noch: Ribbentrop S. 120 ff., 134, 149 ff.; Savigny I S. 153; Kuntze S. 169 ff.; Brinz krit. Bl. IV S. 9 f.; Vangerow III S. 66; Baron S. 225; Siebenhaar S. 92 f.; Helmolt S. 131; Fritz Lindes Zeitschr. N. F. XXII S. 475 f.; Weibel S. 90; Unger S. 228; Landucci S. 65 f.; Ascoli S. 25 f.; Windscheid II § 297 N. 1; Brinz, Pand. II S. 180 N. 3.

[118]) S. 130 N. 11.

Zwingender noch scheint uns der Nachweis, dass die Quellen den Fall der Sachrestitution ganz ebenso behandeln, wie den Fall der restitutio operis, indem sie der Litiskontestation Gesamtwirkung zuerkennen. Mit dieser Wirkung aber ist zugleich der schlagendste Beweis dafür geliefert, dass die Solidarität der unteilbaren Obligationen keine formelle, sondern wirkliche materielle Solidarität ist. —

VI. Unter die Korrealobligationen stellt Ascoli[119]) auch die Deliktsobligationen, davon ausgehend, dass die Voraussetzungen der Korrealität bei den Solidarobligationen aus Delikten nicht minder gegeben seien, als bei der Vertragskorrealität: Einheit des Gegenstandes, Einheit des Verpflichtungsgrundes. Wie der Delinquent nur für seinen eigenen dolus haftet, so der Promittent nur aus seiner eigenen Promission; trotzdem ist die gemeinsame Promission die causa für die Korrealität, und ebenso muss die Gemeinsamkeit der Deliktshandlung als die gemeinsame Causa für die Haftung der Delinquenten zur Korrealität führen. Wir werden im folgenden Paragraphen auf diese Argumentation zurückkommen.

Eisele dagegen bestreitet die Korrealität der Deliktsobligationen,[120]) nicht etwa, weil er die Argumentation Ascolis für unrichtig hielte, sondern weil die Quellen ihr entgegen zu stehen scheinen.

Wir betrachten zunächst die Fälle der Mitthäterschaft.

1. l. 1 § 4 D. de eo per quem 2, 10. Ulpianus libro VII ad ed:

> Si plures dolo fecerint, omnes tenentur: sed si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur, cum nihil intersit.

Ich stimme Ascoli darin zu, dass die Stelle der Annahme der Korrealität nicht im mindesten widerspricht, da sie von der Litiskontestation überhaupt nicht handelt. Eisele freilich wendet dagegen ein,[121]) dass Ulpian auch an die Möglichkeit gedacht habe, dass die Zahlung von seiten des einen den anderen nicht befreit, wie der Ausdruck „poena“ und das „sed“ ergibt, mit dem die Gesamtwirkung der solutio angefügt wird. Das ist vorbehaltlos zuzugeben: aber was folgt daraus für die Wirkung der Litiskontestation? Beruht doch gerade, wie wir noch zeigen

---

119) S. 9 ff., S. 34.
120) S. 465 ff.
121) S. 468.

werden, die Gesamtwirkung der letzteren auf der Gesamtwirkung der Zahlung.

2. l. 14 § 15 D. quod metus causa 4, 2 Ulpianus libro XI ad edictum:

> Secundum haec si plures metum adhibuerint et unus fuerit conventus, si quidem sponte rem ante sententiam restituerit, omnes liberati sunt: sed etsi id non fecerit, sed ex sententia quadruplum restituerit, verius est etiam sic peremi adversus ceteros metus causa actionem.
>
> l. 15 D. eod. Paulus libro XI ad edictum: Aut in id dabitur adversus ceteros actio, quod minus ab illo exactum sit.

Es ist mit Ascoli[122]) zuzugestehen, dass die Stellen mit der befreienden Wirkung der Litiskontestation unverträglich sind. Ascoli glaubt dieses Argument gegen seine Theorie mit der besonderen Natur der actio quod metus causa entkräften zu können. Dieselbe steht nicht nur gegen den Thäter, sondern auch gegen den Dritten zu, an den die erpresste Sache gelangt ist. Die Klage ist daher in den beiden Fällen ihrem Grunde nach verschieden; der Klaggrund ist bald die verübte Gewalt, bald die Bereicherung. Anderseits ist die Klage doch formell die nämliche, da sie in beiden Fällen in rem konzipiert ist. Aber die Duplizität ihrer Funktionen musste zur Verneinung der Gesamtkonsumption führen, weil der iudex wegen der Unpersönlichkeit der Intentio nicht wissen konnte, ob der Beklagte als Thäter oder als Dritter, an den res pervenit, belangt worden war.

Man wird an dieser Argumentation zwei Ausstellungen zu machen haben. Wenn die Fassung der Intentio massgebend wäre, müsste, auch wenn der nämliche Beklagte in Frage käme, die exceptio rei in iudicium deductae dem Beklagten des zweiten Prozesses verweigert werden, da man es der Formel nicht ansehen kann, ob dieser Beklagte schon einmal aus dem nämlichen Grunde belangt worden ist; kann ja doch die Gewalt, von der die zweite Intentio handelt, auch von irgend einem anderen, als diesem Negidius Numerius angewendet worden sein. Aber niemand wird das ernstlich behaupten wollen; jedermann wird erwidern, die Prüfung der Frage, ob eadem res vorhanden sei, falle dem iudex zu, vor dem der Thatbestand festgestellt wird und dem die Anwendung des Rechts obliegt. Anderseits könnte

---

[122]) S. 44.

m. E. die Identität der Formel, wenn sie überhaupt eine Bedeutung für die Frage der eadem res hätte, nur zur Annahme, nicht zur Ablehnung der letzteren führen, und damit die Gesamtwirkung der Litiskontestation begründen.

Anzuerkennen ist jedoch, dass die l. 14 § 15 für die Annahme einer Interpolation keine Stütze bietet.

3. l. 7 § 4 D. quod falso tut. 27, 6 Ulpianus libro XII ad edictum:

> Si plures sint qui auctores fuerunt, perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione:
>
> l. 8 eod. Paulus libro XII ad edictum: et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandam in id quod deest Sabinus scribit.

Wir können uns darauf beschränken, auf Eisele[123]) und Ascoli[124]) zu verweisen, welche die Stellen mit Recht für interpoliert erklären.

4. l. 1 § 10 D. de his qui effud. 9, 3. Ulpianus libro XXIII ad ed.:

> Si plures in eodem coenaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis haec actio dabitur,
>
> l. 2 eod. Gaius libro VI ad edictum provinciale: cum sane impossibile est scire, quis deiecisset vel effudisset:
>
> l. 3 eod. Ulpianus libro XXIII ad edictum: et quidem in solidum; sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur:
>
> l. 4 eod. Paulus libro XIX ad edictum: perceptione, non litiscontestatione, praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit.

Auch hier nimmt Ascoli[125]) mit Recht eine Interpolation an. Sicher ist, dass für Ulpian Korrealität vorlag; was die Stelle von Paulus betrifft, so lässt sich, was wir Eisele[126]) zugeben, wohl nicht nachweisen, dass sie anders lautet, als sie Paulus geschrieben hat; dass dies indessen wenig bedeuten will, haben wir bereits bemerkt. Indessen scheint die Gewährung der actio utilis auf die Kompilatoren hinzuweisen, und die Annahme, dass die l. 4 in ihrer jetzigen Gestalt auf sie zurückzuführen

---

[123]) S. 454 ff.
[124]) S. 45.
[125]) Ascoli S. 48.
[126]) S. 435 N. 53.

sei, gewinnt an Wahrscheinlichkeit, wenn man, wie Eisele mit Recht hervorhebt, bedenkt, dass die Kompilatoren gar keinen Grund hatten, eine die l. 3 in Bezug auf das „liberabuntur" durch Zahlung ergänzende Ausführung abzuschneiden.

5. l. 3 pr. D. si mensor 11, 6: Ulpianus lib. XXIV ad edictum:

> Si duobus mandavero et ambo dolose fecerint, adversus singulos in solidum agi poterit, sed altero convento, si satisfecerit, in alterum actionem denegari oportebit.

Die Worte „altero convento" weisen deutlich darauf hin, dass das „si satisfecerit", welches sie vollkommen überflüssig macht, nachträglich eingeschoben ist.[127]) Auch die Verbindung von Nominativ und Ablativ — convento — si satisfecerit — wobei das Subjekt das nämliche ist, weist auf die Kompilatoren hin. Ferner ergibt das „actionem denegari", dass ursprünglich von der Wirkung der Litiskontestation die Rede war. Eisele bemerkt dazu: „Denn da die Klage gegen den mensor eine actio in factum war, fand keine Ipsoiurekonsumption statt und aus diesem Grunde ist der Ausdruck „alter liberabitur" vermieden. Wäre dies zwingend, so hätte man in der Stelle zugleich einen Beweis gegen Fittings Elektionstheorie. Aber es ist keineswegs richtig, dass nur die Liquidität einer exceptio (hier der rei in iudicium deductae) zur denegatio actionis führen konnte; man wird vielmehr das gleiche für andere Einwendungen annehmen müssen, welche der Klage in iure entgegengesetzt und zugestanden werden. Wenn z. B. die Zahlung zugegeben ist, so ist nicht zu verstehen, wie der Prätor noch ein iudicium bewilligt hätte. Übrigens möchte die Annahme näher liegen, dass auch das „actionem denegari" den Kompilatoren zugehört, welche zwischen actio in ius und in factum concepta keinen Unterschied mehr machten.

6. l. 1 § 13 D. de vi 43, 16. Ulpianus libro LXIX ad edictum:

> Quotiens verus procurator deiecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino sive procuratore, agi posse Sabinus ait et alterius nomine alteri eximi, sic tamen, si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita (non enim excusatus est, qui iussu alicuius deiecit, non magis quam si iussu alicuius occidit: cum autem falsus est pro-

[127]) Ascoli S. 48; Eisele S. 438.

curator, cum ipso tantum procuratore interdici debere. Sabini sententia vera est.

Die schwierige Stelle bespricht den Fall, wenn auf Befehl des einen der andere einen dritten deiziert. Anstifter und Thäter haften dann in solidum, was in den Worten „cum utrolibet eorum agi posse“ zum Ausdruck kommt. Die Frage, ob diese Solidarität Korrealität ist, muss bejaht werden; schon der Ausdruck „cum utrolibet“ weist, wie in anderen Stellen das „cum alterutro“ darauf hin, dass Sabinus Korrealität annahm, weil damit das Wesen der Korrealität, die Elektion, deutlich genug bezeichnet wird. Neu bestätigt wird diese Annahme durch das „et alterius nomine alteri eximi“, welches entschieden verderbt ist und daher Schwierigkeiten bereitet. Mommsen will daher ergänzen: „et alterius nomine lite aestimata item eam, quae inferri poterat eodem nomine alteri, perimi. Diese Ergänzung ist, abgesehen davon, dass sie reine Hypothese ist, deshalb zu verwerfen, weil sie dem Gedankengang des Sabinus in keiner Weise gerecht wird; denn wenn auch der Satz in dieser Gestalt keine Kontradiktion zu dem eximi bildet, so steht er doch zu dem „cum utrolibet eorum agi posse“ in entschiedenem Widerspruch.

Einleuchtender ist Ziebarths Versuch,[128]) die textliche Schwierigkeit dadurch zu beseitigen, dass er mit dem ordinarius corrector statt „alteri“ eximi „alterum“ eximi liest. Danach hätte Sabinus gesagt: Durch die Einfügung des Namens des einen in die Formel wird der andere ausgeschlossen. Anklänge an diese Umschreibung der Litiskontestationswirkung finden sich in einigen Stellen;[129]) die beste Analogie ist gewiss die Ausdrucksweise der lex Acilia repetandarum c. 5: „aut quorum nomen ex hac lege ex reis exemptum erit“.[130]) Aber diese weist nicht auf das von Ziebarth gedachte Bild von der exemptio ex formula, sondern auf einen gewöhnlichen kriminellen Terminus: wie die Anzeige an den Prätor „nomen deferre“ genannt wird,[131]) so wird dann, wenn nur eine Person verklagt werden kann, die andere „eximiert“. Es wäre daher auch möglich, statt alteri „alterius“ zu lesen und aus nomine „nomen“ zu ergänzen. Es

---

[128]) Iherings Jahrbücher XII S. 414.

[129]) l. 17 § 7 D. de iniur. 47, 10; l. 11 § 2 D. de accus. 48, 3. Ziebarth a. a. O.

[130]) Bruns fontes ed. VI p. 59.

[131]) l. 10 D. de iure patr. 37, 14; l. 3 D. de accus. 48, 2; l. 7 § 2 D. ad legem Jul. mai. 48, 4, lex Acilia c. 5 u. a.

wäre nicht unmöglich, dass Sabinus geschrieben hätte „et alterius nomine delato alterius nomen eximi“, und dass bei der Interpolation des „sic tamen“ rel. das delato ausgelassen wurde. Endlich wäre es möglich, dass „nomen“ für „nominatio“ gebraucht wäre und dass zu „alteri“ zu ergänzen wäre: „actionem“,[132]) alles blosse Möglichkeiten, für die ein zwingender Beweis nicht erbracht werden kann, die aber auf das nämliche hinauslaufen. Nur das steht fest, dass der Text einer Verbesserung bedarf. Und ebenso, dass das „et alterius nomine alterum eximi“ mit dem „cum utrolibet eorum agi posse“ geradezu ein Hendiadyoin bildet. Dann aber muss die Wendung „sic tamen — praestita“ Emblem sein, weil sie nicht nur inhaltlich, sondern schon äusserlich eine sehr scharfe Berichtigung des Vorhergehenden enthält. Dass aber diese nicht dem Ulpian, wie Ziebarth annehmen möchte, sondern dem Tribonian zugeschrieben werden muss, ergibt sich daraus, dass Ulpian kein Interpolator war und das „sic tamen“ rel. in direkter Rede hätte schreiben müssen; ferner aus dem „non enim excusatus est“ etc., welches zu dem Vorhergehenden „si litisaestimatio fuerit praestita nicht im mindesten passt, dagegen die Begründung des „cum utrolibet — eximi bilden soll. Man möchte vielleicht sagen, dass diese Begründung, auch wenn man das „sic tamen“ etc. ausscheidet, immer noch recht weit von dem zu begründenden Satze entfernt sei, da sie von ihm durch einen unabhängigen Satz getrennt sei. Dem ist aber nicht so. Vielmehr beweist der Umstand, dass das „non enim excusatus est“ erst nach dem eximi steht, dass gerade jener Satz nichts Anderes sagen sollte als das „cum utrolibet agi posse“, mit anderen Worten, dass für Sabinus die Korrealität die notwendige Gestalt der Solidarität war. Dies ergibt sich auch aus dem Schlusssatz der Stelle, welche den richtigen Gegensatz zu dem Vorhergehenden enthält. Nicht Korrealität, nicht Solidarität, sondern Alleinhaftung. Ulpian aber beschränkt sich darauf, dem Sabinus ohne weitere Bemerkung zuzustimmen.[133])

7. l. 1 C. de cond. furt. 4, 8 von Diocletian a° 294:

> Praeses provinciae, sciens furti quidem actione singulos quoque in solidum teneri, condictionis vero nummorum

---

[132]) l. 1 § 1; l. 26 §§ 4, 5 D. ex quibus causis 4, 6.

[133]) Eisele S. 440 geht noch weiter in der Annahme der Interpolation. Ihm ist auch der verus procurator verdächtig. Die Annahme, dass nach „eximi“ gleich die Zustimmung Ulpians „quae sententia vera est“ und dann erst die Begründung Ulpians kam, verdient jedenfalls Beifall.

furti subtractorum electionem esse ac tunc demum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros liberari, iure proferre sententiam curabit.

Schon Demangeat hat die Vermutung geäussert, dass diese Stelle interpoliert sei,[134]) und wenn dies auch Widerspruch gefunden hat,[135]) so können wir uns doch nur den neueren Vertretern dieser Ansicht[136]) anschliessen. Ziebarth[137]) freilich glaubt, dass die Echtheit der Stelle „nicht zu bezweifeln sei", aber dass im klassischen Recht etwas anderes gegolten habe, und verweist dafür auf l. 76 (77) § 1 D. de cond. furt. 47, 2, aus welcher sich durch ein einfaches argumentum e contrario ergeben soll, dass die condictio mit dem einen den anderen befreite:

Pomponius libro XXXVIII ad Quintum Mucium: Si quis alteri furtum fecerit et id quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore fure dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potest, ideo quod domini interfuit, non prioris furis, ut id quod subreptum est salvum esset. Haec Quintus Mucius refert et vera sunt: nam licet intersit furis rem salvam esse, quia condictione tenetur, tamen cum eo is cuius interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest. nec utimur Servii sententia, qui putabat, si rei subreptae dominus nemo exstaret nec exstaturus esset, furem habere furti actionem: non magis enim tunc eius esse intellegitur, qui lucrum facturus sit. dominus igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilominus duret: sed et condictionem, quia ex diversis factis tenentur.

Dass die Schlussworte „quia ex diversis factis tenentur", nicht erklären sollen, warum dem Eigentümer die condictio gegen beide Diebe überhaupt zusteht, ist Ziebarth zuzugeben; vielmehr stand sie auch nach der Litiskontestation mit dem einen Dieb gegen den anderen zu. Daraus möchte man folgern, dass im Fall der l. 77 § 1 cit. ein Fall wirklicher Solidarität vorliege. Indessen verliert dieses Argument bei näherer Betrachtung alle Bedeutung: es muss jedenfalls nicht Solidarität vorliegen. Die

134) p. 214.
135) Samhaber S. 158 (vgl. Ribbentrop S. 95).
136) Ascoli S. 46; Eisele S. 438.
137) S. 408 ff.

condictio furtiva weicht von allen anderen obligatorischen Klagen erheblich dadurch ab, dass sie einen Zustand voraussetzt, mit dessen Änderung sie von selbst wieder untergeht: die res, die kondiziert werden soll, muss furtiv sein. Kehrt daher die Sache, wenn auch nur durch Zufall, wieder zu dem Eigentümer zurück, so erlischt die Kondiktion:[188]) andere Obligationen gehen dagegen nur dann unter, wenn solvendi causa geleistet wird. Die Tragweite dieses Unterschieds leuchtet sofort ein: Nicht weil die beiden Diebe Solidarschuldner sind, befreit die Leistung des einen den anderen, sondern obwohl sie es nicht sind. Dieser Fall steht also dem anderen, wenn eine Obligation durch die Nichterfüllung einer anderen Obligation bedingt ist,[189]) viel näher als der Solidarobligation; die Diebe werden frei, auch wenn der Eigentümer die gestohlene Sache findet und an sich nimmt; ebenso wird der eine Dieb durch die Beerbung des Eigentümers durch den anderen frei werden müssen, während dies bei Solidarobligationen zu verneinen ist.

Ist also in dieser Richtung ein Einwurf gegen unsere Meinung, dass keine Solidarität vorliegt, nicht begründet, so ergibt die Stelle ein weiteres Argument gegen die Solidarität im allgemeinen: da das Ziebarthsche Argumentum e contrario zutrifft, sind die Gegensätze nicht Korrealität und Solidarität, sondern Korrealität und Multiplikation, und daraus kann, wie aus anderen Stellen, geschlossen werden, dass die Römer einen anderen Gegensatz überhaupt nicht kannten. Zugleich beweist die Stelle, dass die l. 1 C. de cond. furt. mit dem klassischen Recht in Widerspruch steht. —

Man hat nun die Wahl, mit Ziebarth anzunehmen, dass schon Diocletian von der Korrealität zur Solidarität übergegangen, oder mit Eisele, Ascoli und Demangeat, dass die Stelle interpoliert ist, und ich trage kein Bedenken, mich der letzteren Meinung anzuschliessen. Dass die Worte „ac tunc demum, si ab uno satisfactum fuerit ceteros liberari“ Emblem sind, ergibt sich schon daraus, dass überall sonst und insbesondere in der l. 28 C. de fid. 8, 40 electio und solutio oder satisfactio einander ausschliessen; auch der in der Stelle behandelte Gegensatz zwischen condictio furtiva und actio furti weist auf eine Interpolation hin: Wenn bei der actio furti jeder für sich die Strafe

[188]) Vgl. l. 55 (54) § 3 D. de furtis 47, 2; Brinz II S. 528 N. 32.
[189]) Vgl. l. 116 D. de V.O.

zahlen muss und durch die Leistung seines Mitschuldners nicht frei wird, so hätte der Reskribent, wenn er die verschiedene Wirkung der solutio bei beiden Klagen hätte hervorheben wollen, nicht erklären dürfen, dass „tunc demum“, sondern dass dann schon, wenn einer leiste, der andere befreit werde. Mit ihrem Einschiebsel haben die Kompilatoren den Gegensatz, der für Diocletian hervorzuheben war, den nämlich zwischen Korrealität und Multiplikation, verschoben. Dennoch würde gerade das „singulos quosque“ bei der actio furti den richtigen Gegensatz in der befreienden Wirkung der Zahlung bei der condictio furtiva erhalten haben; dass statt dessen Diocletian die befreiende Wirkung der Litiskontestation hervorhebt, beweist, dass der Gegensatz zwischen Korrealität und Solidarität für Diocletian undenkbar war, dass sich die Solidarität in der Korrealität äusserte. —

8. l. 17 D. de dolo 4, 3 Ulpianus libro VI ad edictum:

> Si plures dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur: quod si unus quanti ea res est praestiterit, puto adhuc ceteros liberari.

Die actio doli ist arbitraria. Die Verurteilung erfolgt mithin nur unter der Voraussetzung, dass nicht restituiert wurde. So erklärt es sich, warum die Restitution von seiten des Beklagten seinen Mitschuldnern zu gute kam; der Gesichtspunkt der Strafe und der Multiplikation war hier undenkbar. Anders war dies, wenn der Beklagte dem arbitratus de restituendo nicht genügte: es entstand die Frage, ob hier nicht die Multiplikation einzutreten habe, und l. 17 gibt darauf die Antwort, dass auch jetzt noch (adhuc) die Leistung Gesamtwirkung habe.[140]) Aus dieser Erörterung ergibt sich zweifellos, dass die Litiskontestation der Gesamtwirkung entbehrte: liegt demnach eine „blosse Solidarobligation“ vor? Ich glaube nicht. Mit dem materiellen Inhalt der Obligation hängt die Verneinung der Gesamtkonsumption offenbar nicht zusammen; sie erklärt sich daraus, dass die actio doli arbitraria ist. Es muss davon ausgegangen werden, dass die römischen Juristen, wenn dies nicht der Fall gewesen wäre, die actio doli zweifellos als Pönalklage behandelt haben würden. Dann würde Multiplikation eingetreten sein. Diese ist aber mit der Restitution auf Grund des arbitratus unverträglich. Denn wenn der erste Beklagte dem arbitratus nicht gehorcht, so

[140]) S. Eisele S. 469, vgl. auch Crome Iherings Jahrb. XXXV S. 101 ff.

wird er verurteilt; ist die actio doli Pönalklage, so kann sie gegen den zweiten Thäter erhoben werden: als arbitraria muss sie ihm die Möglichkeit lassen, sich durch Restitution zu befreien, und der Gläubiger erhält in diesem Fall mehr, als er dann erhalten haben würde, wenn schon der erste Beklagte restituiert hätte. Die Sinnwidrigkeit dieses Ergebnisses führte dazu, von der Strafnatur der Klage abzusehen und die Multiplikation nicht eintreten zu lassen.[141])

Vergleichen wir damit die oben besprochene l. 14 § 15, l. 15 quod metus causa 4, 2, so finden wir, dass auch in dieser Stelle die abnorme Entscheidung auf die Natur der Klage zurückgeführt werden kann. Wir werden darauf zurückkommen.

9. l. 11 § 2 D. ad. leg. Aquil. 9, 2. Ulpianus libro XVIII ad edictum:

> Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. et si quidem apparet cuius ictu perisset, ille quasi occiderit, tenetur: quodsi non apparet, omnes quasi occiderint teneri Julianus ait et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.

Ascoli sucht mit der Stelle zu beweisen, dass Deliktsschuldner Korrealschuldner sind, und bemerkt u. E. treffend,[142]) dass, wenn Ulpian in Übereinstimmung mit Julian ausführe „si cum uno agatur, ceteri non liberantur, nam quod alius praestitit, alium non relevat", der Grund n u r in der Strafnatur der actio legis Aquilia beruhe. Allerdings geben wir Eisele[143]) zu, dass das argumentum e contrario, welches Ascoli aus der Stelle entnimmt: „würde keine Strafklage vorliegen, so würde die Litiskontestation Gesamtwirkung haben", deshalb nicht zwingend ist, weil das „nur" erst von Ascoli in die Stelle hineingetragen ist. Mehr kann Eisele aber nicht zugegeben werden. Denn wenn man die Stelle mit den zahlreichen anderen vergleicht, welche die Korrealität als Folge der Solidarität bezeichnen, so erlangt das argumentum e contrario aus der l. 11 § 2 ein grösseres Gewicht;

---

[141]) Dabei will ich nicht unterlassen, auf ein Bedenken hinzuweisen, welches sich aus dem „quodsi" ergibt. „Quodsi" bezeichnet einen Gegensatz; vgl. die Stellen bei Ubbelohde, unteilb. Obl. S. 84 f., und lässt daher eher ein „non liberari" als das „liberari" der l. 17 vermuten.

[142]) S. 40 f.

[143]) S. 466.

auch sie weist darauf hin, dass Multiplikation der einzige Gegensatz der Elektion ist.[144])

Wir stimmen jedoch darin mit Eisele überein, dass die Stelle, welche ein Citat Julians bildet, wahrscheinlich die Stelle aus Julians Digesten im Auge hat, die uns als l. 52 § 1 ad legem Aquiliam 9, 2 überliefert ist. Dann würde die Stelle im Sinne der klassischen Juristen auf selbständiges Handeln zu verschiedenen Zeiten, nicht auf den Fall der Mitthäterschaft, zu beziehen sein; die Stelle würde dadurch mit der l. 27 § 11 eod. vereinigt werden können, insofern alsdann auf die a° legis Aquiliae als reipersekutorische Klage im klassischen Recht verwiesen wäre. Dies würde voraussetzen, dass der Schlusssatz „nam ex lege Aquilia“ rel. Emblem wäre. Auf diese Frage kann hier nicht näher eingegangen werden; jedenfalls würde die Stelle dann noch weniger für die Behauptung beweisen, dass die Deliktsschuldner blosse Solidarschuldner sind.[145])

Die Betrachtung dieser Stellen hat mithin zu dem Ergebnis geführt, dass zweifellos eine Reihe von Deliktsobligationen im klassischen Recht Korrealobligationen waren; zweifelhaft ist dies nur bezüglich der l. 1 § 4 D. de eo 2, 10; sicher entbehrte die Litiskontestation der Gesamtwirkung bei der actio doli und quod metus causa. Dass diese Fälle nichts beweisen, haben wir schon auseinandergesetzt; es obliegt uns nur die Frage, ob sich aus den betrachteten Stellen etwas dafür entnehmen lässt, dass der Fall, wenn mehrere communi consilio delinquiert haben, anders zu behandeln sei als der Fall des consilium proprium. Wir haben schon oben bei Besprechung der l. 15 § 2 D. quod vi aut clam[146]) diese Frage gestreift; wenn wir sie unerledigt liessen, so geschah dies, weil wir die Stelle nicht auf einen Deliktsfall beziehen zu dürfen glaubten. Wir müssen nunmehr auf die Frage zurückkommen, da Karlowa aus der l. 15 § 2 cit. herausgelesen hat, dass im Fall des consilium commune das edere actionem die Mitschuldner befreit, im Fall des consilium proprium aber erst die perceptio diese Wirkung äussert.[147]) M. E. ist diese Ansicht schon durch unsere Interpretation der l. 15 § 2 widerlegt; es

---

[144]) Vollkommene Zustimmung verdient Ascolis Ausführung gegen Ribbentrop S. 104 f.

[145]) Der Ansicht Eiseles über die actio legis Aquiliae steht jedenfalls die oben S. 363 abgedruckte l. 9 D. de iurisdict. 2, 1 nicht entgegen.

[146]) Oben S. 358 ff.

[147]) R. Rechtsgeschichte II S. 725.

muss jedoch diese Regel, die Karlowa als für alle widerrechtlichen Schadenszufügungen geltend erachtet, auch aus allgemeinen Gründen abgelehnt werden.

U. E. hat die Solidarität die Gemeinsamkeit des Delikts zur notwendigen Voraussetzung; immer dann, wenn mehrere Personen proprio consilio handeln, ist die Solidarität undenkbar, weil kein gemeinsamer Erfolg eintritt, für den mehrere in solidum haften könnten. So erklärt es sich, warum die Quellen nicht unterscheiden, ob commune oder proprium consilium vorhanden war: Wenn sie von der Solidarität reden, ist es ihnen selbstverständlich, dass die That gemeinsam, d. h. communi consilio, ausgeführt wurde. So im Fall des gemeinsamen Diebstahls oder gemeinsamer Veruntreuung,[148]) sofern nicht eine Strafklage in Frage steht.[149])

Übrigens spielt das consilium commune nicht bei allen Delikten die gleiche Rolle: es ist dann unerheblich, wenn das Delikt Sühne, nicht Schadenersatz verlangt, weil dann für die Person jedes Thäters der Thatbestand eines besonderen Delikts begründet ist. So erklärt sich die l. 34 D. de iniuriis 47, 10 (Gaius libro XIII ad edictum provinciale):

> Si plures servi simul aliquem occiderint aut convicium alicui fecerint, singulorum proprium est maleficium et tanto maior iniuria, quanto a pluribus admissa est. immo etiam tot iniuriae sunt, quot et personae iniuriam facientium.

Die Stelle beweist, dass der dolus communis nicht immer zur Solidarität führt; die vorhergenannten Stellen zeigen dagegen, dass Solidarität ohne den dolus communis nicht denkbar ist. Nach dem Ergebnis unserer Untersuchung aber können wir behaupten, dass auch das gemeinsame Delikt nicht zur Ribbentropschen Solidarität führt, da unzweifelhaft in einer Reihe von Fällen die klassischen Juristen Korrealität annahmen.

VII. Über die Korrealität bei den actiones adiecticiae qualitatis vgl. oben S. 121 Note 27.

---

[148]) l. 1 C. de cond. furt. 4, 8; l. 2 § 1 D. si ventris nomine 25, 5, welch letztere zugleich einen weiteren Beleg für die Korrealität der Deliktsobligationen bildet, insofern das „in alterum quem actor velit" auf die Elektion durch Litiskontestation hinweist.

[149]) Vgl. l. 21 § 9 D. de furt. 47, 2; l. 1 § 19 D. si is qui testamento 47, 4; l. 77 § 1 D. de furt. 47, 2.



VIII. Zum Schluss obliegt uns, die Noxalobligation der Miteigentümer eines delinquierenden Sklaven unserer Betrachtung zu unterziehen. Wir haben schon oben auszuführen gesucht, dass in allen hier möglichen Fällen — sei es, dass die Miteigentümer sämtlich scientes oder ignorantes, oder dass einer conscius, der andere ignorans war — eine Solidarobligation vorlag.[150]) Wir gehen aber jetzt weiter und behaupten, dass diese Solidarität in allen Fällen Korrealität war.

Schon Ribbentrop war der Meinung, dass die Idee einer mehrfachen, subjektiven Beziehung derselben ungeteilten Obligation nirgends natürlicher erscheinen dürfte, als gerade hier; wir möchten sagen, dass die Vorstellung der eadem res trotz der Mehrheit der Subjekte nirgends näher liegt als hier, wo die Einheit des verpflichtenden Faktums eine buchstäbliche ist. Dennoch glaubt Ribbentrop, dass die Annahme einer Korrealobligation deshalb Schwierigkeiten bereite, weil die l. 4 § 3 D. de nox. act. 9, 4 die Klagen cum und sine noxae deditione als Klagen mit verschiedenen Fundamenten erscheinen lasse:

> Paulus libro III ad edictum: Si detracta noxae deditione, quasi cum conscio domino actum sit qui non erat conscius, absolutione facta et finito iudicio amplius agendo cum noxae deditione exceptione rei iudicatae summovebitur: quia res in superius iudicium deducta et finita est. donec autem prius iudicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda poeniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque si cum eo qui scit, cum noxae deditione actum sit, amplius in dominum dedracta noxae deditione, danda actio non est. in ipso autem iudicio, si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus.

Die Stelle sagt nichts weiter, als dass, wenn detracta noxae deditione geklagt und die Klage abgewiesen wurde, nicht mehr cum noxae deditione geklagt werden konnte und umgekehrt, und Ribbentrop bemerkt dazu ganz richtig, dass hiernach die beiden Klagen nur Modifikationen einer zur Geltendmachung einer und der nämlichen Obligation dienenden Klage sind.[151]) Mit Unrecht nimmt dagegen Ribbentrop an, dass dem in l. 4 § 3 ausgesprochenen Prinzip die ll. 5 und 17 eod. widersprechen. Denn

---

[150]) S. 125 f.
[151]) S. 249.

die Folgerung, dass auch zwei Klagen in solidum untereinander im Konsumptionsverhältnis stehen müssen, ist gewiss keine zwingende. Insbesondere war sie für Ribbentrop verfehlt; denn wenn er mit Keller[152]) davon ausgeht, dass die Gleichheit der intentio ein sicheres Kennzeichen der gegenseitigen Konsumption sei, so musste er zur Negation der Gesamtwirkung kommen, da das „noxiam sarcire aut noxae dare oportere" für den Titius jedenfalls ein anderes war als für den Sempronius.[153]) Trotzdem sieht sich Ribbentrop angesichts der l. 4 § 3 einerseits und der ll. 5 und 17 anderseits vor das Dilemma gestellt, entweder die l. 4 § 3 von der eigentlichen Prozesskonsumption zu verstehen und dann anzunehmen, dass im Fall des Miteigentums durch die Klage gegen den einen Herrn die gegen den anderen nie zerstört wurde,[154]) oder die l. 4 § 3 nicht auf die Prozesskonsumption zu beziehen, so dass die Ausdrücke: „exceptione rei iudicatae summovebitur" und „res in superius iudicium deducta" nicht im technischen Sinne gebraucht wären.

Ich muss gestehen, dass mir schon diese Argumentation unerklärlich ist. M. E. hätte das Dilemma angesichts der angeführten Ribbentropschen Schlussfolgerung von der Identität der Klagen im Fall der l. 4 § 3 auf den Fall mehrerer Miteigentümer darin bestehen müssen, dass „entweder die l. 4 § 3 von der Prozesskonsumption handelt und dann auch die auf die Miteigentümer bezüglichen Stellen von ihr handeln müssen, oder dass, wenn dies nicht angeht, die l. 4 § 3 und ebenso die l. 9 eod. tit. und ll. 8, 20 D. de interrog. 11, 1 von der Prozesskonsumption nicht verstanden werden können. Aber von seinem Ausgangspunkt aus, den Ribbentrop S. 250 ausdrücklich aufrecht erhält, bildet es keine Vereinigung, im Fall des Miteigentums keine gegenseitige Prozesskonsumption anzunehmen, und ebensowenig, wenn man diesen Ausgangspunkt fallen lässt,[155]) im letzteren Fall die Gesamtkonsumption anzuerkennen.

---

[152]) Litiskontestation u. Urteil S. 445.

[153]) Dieses Argument hat freilich nur dann Bedeutung, wenn man mit Lenel, edictum S. 154, 264 annimmt, dass die Noxalklage regelmässig in ius konzipiert war und dass die Intentio derselben auf den Herrn, nicht auf den Sklaven lautet; allein schon Keller a. a. O. S. 52 und Commentatio ad legem si ex duobus 32 pr. § 1 D. de peculio, Göttingen 1823, war dieser Meinung, und Ribbentrop hat eine andere wenigstens nicht vertreten.

[154]) S. 250.

[155]) S. 251 ff.

Infolge dieser unrichtigen Argumentation scheint mir die Erörterung Ribbentrops belanglos. Unhaltbar will es mir scheinen, die l. 4 § 3 nicht auf die Prozesskonsumption zu beziehen; und der Beweis, den Ribbentrop dafür mit der l. 4 § 2 de nox. act. führen will, erscheint mir auch vollkommen misslungen. Es ist nicht richtig, dass die von Paulus in l. 4 § 2 aufgeworfene Frage: „an servi quoque nomine danda sit actio" gar nicht hätte aufgeworfen werden können, wenn sich Paulus die beiden Klagen als identisch vorgestellt hätte. Die Frage ist nicht das Massgebende; die Antwort, die Paulus gibt: „utroque modo dominus tenebitur", beweist vielmehr, dass nicht verschiedene Klagen in Frage standen, sondern eine Klage, deren Anstellung cum noxa nur gegen den conscius eine minus petitio bildet.[156]) Wenn wir daher aus Ribbentrops unvollständiger Entwickelung die Lösung des Dilemmas suchen, so besteht sie für ihn darin, dass die l. 4 § 3 nicht von der Identität der Klagen handelt, dagegen im Fall

[156]) Der Syllogismus dieses Teils der Ribbentropschen Abhandlung scheint Brinz (krit. Bl. IV S. 15) „etwas verwickelt". Mir scheint es fehlerhaft. Wie kann Ribbentrop, für den die Korrealität auf der Einheit der Obligation und der aus ihr entspringenden actio beruht, denn, wenn er die Identität der Klagen cum und sine noxa gegen den Alleineigentümer aufgibt, dazu kommen, zwischen dem dominus sciens und dem dominus nescius Korrealität anzunehmen? Das Dilemma ist eben unrichtig gefasst. Wenn einerseits die l. 4 § 3 die Identität ausspricht, anderseits die ll. 5 und 17 die Korrealität verneinen, so würde sich höchstens daraus schliessen lassen, dass entweder das eine oder das andere richtig wäre — und Ribbentrop folgert auf S. 249 in in dieser Weise verb.: dem würden aber folgende Stellen geradezu widersprechen: l. 5 u. l. 17 de nox. act. —, nicht aber dass — wie Ribbentrop S. 250 fortfährt — ein Widerspruch zwischen der Annahme, dass die l. 4 § 3 von der Identität handelt, und den Stellen, die Korrealität annehmen, (l. 9; l. 8; l. 20 cit.) bestände. (Mit dieser Annahme im Texte ist wieder die Anm. 8 S. 250 nicht zu vereinigen). Denn jedenfalls ist die in diesen letzteren Stellen anerkannte Gesamtkonsumption mit der in l. 4 § 3 anerkannten Klagenidentität leichter zu vereinigen — s. Ribbentrop S. 249 — als mit der Verschiedenheit der Klagen, die Ribbentrop schliesslich in die l. 4 § 3 hineininterpretiert. Ribbentrops Gedankengang war ursprünglich: Entweder Identität in l. 4 § 3, und dann Korrealität beim Miteigentum, oder nicht, dann Solidarität. Aus diesem Gedankengang ist Ribbentrop hinausgefallen. Während er S. 249 noch von seinem — unrichtigen — Ausgangspunkt richtig folgert, stellt er S. 250 seine Argumentation auf den Kopf. — Vgl. auch Sell, Noxalklagen S. 148 N. 2 u. Brinz, krit. Bl. IV S. 15, 16, dem im allgemeinen beizustimmen ist. Nur in Bezug auf die Formel „propter eum dare oportere" ist auf Lenel, edictum S. 264 und Karlowa II S. 108 zu verweisen. — Über die Interpolation de l. 4 § 3 cit. s. Eisele, Abhandlungen a. d. röm. Civilprozess S. 54 ff.; Archiv f. d. civ. Prax. 77 S. 471 ff.; Ascoli S. 36.

des Miteigentums Korrealität anzunehmen ist.[157]) Aber wie uns dies eine merkwürdige und in sich widerspruchsvolle Lösung zu sein scheint, so verstehen wir auch nicht, inwiefern ein Dilemma in der angegebenen Richtung bestehen soll. Aus der Identität der Klagen gegen den nämlichen Reus folgt nicht Identität der Klagen gegen mehrere Schuldner. Ein Widerspruch besteht nur innerhalb der Stellen, welche von der Mehrheit der Eigentümer handeln. Aber unauflöslich ist derselbe nicht.

Die in Frage stehenden Fragmente lauten:

l. 5 pr. D. de nox. act. 9, 4 Ulpianus libro III ad edictum: Si plurium servus deliquerit omnibus ignorantibus, noxale iudicium in quemvis dabitur; sed si omnibus scientibus, quivis eorum tenebitur detracta noxae deditione, quemadmodum si plures deliquissent, nec altero convento alter liberabitur.

l. 9 D. eod. Paulus libro XXXIX ad edictum: Si communis servus fecerit altero ex dominis sciente, is qui scit omnium nomine tenebitur et conventus alterum quoque liberat nec a socio quicquam debebit consequi: sui enim facti nomine poenam meruit.

l. 17 D. eod. Paulus libro XXII ad edictum: Si ex duobus dominis uno sciente, altero ignorante servus deliquit, si ante cum altero qui nesciebat, actum sit et noxae dediderit servum, iniquum est vilissimi hominis deditione alterum quoque liberari: igitur agetur et cum altero et si quid amplius est in damni persecutione, consequetur computato pretio hominis noxae dediti . . .

l. 26 § 3 D. eod.: Paulus libro XVIII ad edictum: Si servum alienum alius in iure suum esse responderit, altero solvente alter liberatur.

l. 14 § 2 de servo corr. 11, 3 Paulus libro XIX ad edictum: Si servus communis meus et tuus proprium meum servum corruperit, Sabinus non posse agi cum socio, perinde atque si proprius meus servus corrupisset conservum: item si servus communis extraneum corruperit, videndum est, utrum cum duobus agi debeat, an et cum singulis exemplo ceterarum noxarum: et magis est, ut unusquisque in solidum teneatur, altero autem solvente alterum liberari.

---

[157]) arg. S. 250.

l. 8 D. de interrog. 11, 1. Ulpianus libro XXII ad edictum: Si quis interrogatus de servo qui damnum dedit, respondit suum esse servum, tenebitur lege Aquilia quasi dominus et, si cum eo actum sit qui respondit, dominus ea actione liberatur.

l. 20 pr. eod. Paulus libro II quaestionum: Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali iudicio conventus sit, dominum liberat: aliter atque si quis confessus sit se occidisse servum, quem alius occidit, vel si quis responderit se heredem: nam his casibus non liberatur, qui fecit vel qui heres est. nec haec inter se contraria sunt: nam superiore casu ex persona servi duo tenentur, sicut in servo communi diximus, ubi altero convento alter quoque liberatur: at is, qui confitetur se occidisse vel vulnerasse, suo nomine tenetur nec debet impunitum esse delictum eius, qui fecit propter eum, qui respondit: nisi quasi defensor eius qui admisit vel heredis litem subiit hoc genere: tunc enim in factum exceptione data summovendus est actor, quia ille negotiorum gestorum vel mandati actione recepturus est quod praestitit . . .

Für den Fall, dass mehrere Eigentümer sine noxae deditione haften, spricht die l. 5 cit. aus, dass die Litiskontestation mit dem einen den anderen nicht befreit, geradeso wie bei mehreren Delinquenten; dagegen lässt die l. 9 ersehen, dass wenn der eine dominus conscius war, der andere ignorans, die Klage gegen den ersteren den letzteren befreite, während nach der l. 17 die Klage gegen den nescius den conscius nicht befreit. Auf den Fall, dass mehrere Eigentümer ignorantes sind, bezieht sich keine ausdrückliche Quellenentscheidung; dagegen lassen die ll. 8 und 20 D. de int. in iure 11, 1 ersehen, dass die Litiskontestation mit dem Nichteigentümer den Eigentümer befreit „sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento alter quoque liberatur“, während wieder nach der l. 14 § 2 D. de servo corrupto 11, 3 und der l. 26 § 3 de nox. act. die Befreiung erst mit der Zahlung eintritt.

Wir haben die Ribbentropsche Vereinigung dieser Stellen bereits zurückgewiesen;[158] wir glauben auch anerkennen zu

---

[158]) Oben S. 313 ff. Gegen Ribbentrop s. auch Baron S. 272 N. 2 und Sell, Noxalklagen S. 177 ff. Wie Ribbentrop Buchka, Einfluss des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis I S. 117.

müssen, dass die Stellen, so wie sie lauten, sich nicht wohl vereinigen lassen.[159]) Unseren Ausgangspunkt bildet dabei die Identität der actio cum und sine noxae deditione,[160]) welche sich aus der l. 4 §§ 2 und 3 cit. ergibt und die unerlässliche Voraussetzung der Korrealität bildet, wenn letztere auch nicht als ihre notwendige Folge anzusehen ist. Insoweit stimmen wir mit Ascoli überein; nicht dagegen, wenn er den Versuch macht, die ll. 5 und 17 de nox. act. mit der l. 4 § 3 zu vereinigen, da u. E. in dieser Beziehung kein Widerspruch besteht.[161]) Für uns

---

[159]) Barons Ausführungen S. 272 N. 2 sind vollkommen richtig, soweit sie die Polemik gegen Ribbentrop, Buchka und Brinz betreffen. In der That wird der conscius in den Quellen anders behandelt, als der auctor delicti und es ist daher kein Grund vorhanden, für den ersteren eine Formel zu konstruieren, nach deren Wortlaut er selbst der Thäter wäre. Ex persona servi ist auch die Klage gegen den conscius, nur ist sie nicht servi nomine, so dass der servus durch die deditio in noxam verantwortlich gemacht werden könnte, sondern proprio nomine. Diesen Gegensatz heben die Quellen mehrfach hervor. Aber die Schwierigkeit, die die verschiedenen Quellenaussprüche bieten, bleibt trotz dieser Ausführungen bestehen. — Sell, der S. 177 N. 1 u. S. 182 Ribbentrops Vereinigungsversuch bekämpft, gerät S. 200 u. N. 1 unbegreiflicherweise in den Fehler Ribbentrops, indem er ausführt, dass die actio gegen den conscius die gegen den ignorans konsumiere und umgekehrt (l. 20 pr. cit. vgl. mit l. 5 cit.) und dann erklärt: Nicht hierher gehört l. 9 cit. mit den Worten „et conventus alterum quoque liberat“; denn hier ist unter conventus nicht der Beklagte im Moment der Litiskontestation zu verstehen, sondern der verurteilte Beklagte, welcher das Urteil erfüllt hat. Diese Meinung wird im folgenden damit begründet, dass dem conventus unmittelbar der Regress gegen den Miteigentümer abgesprochen wird. [Ebenso Cuiaz in lib. XXIX Pauli ad Ed. II p. 622 ad verb. „conventus“ in l. 9 cit., Ribbentrop S. 250 N. 8.] Allerdings setzt die Stelle da, wo sie vom Regress handelt, die Zahlung voraus; aber hier spielt auch das „conventus“ keine Rolle mehr; Subjekt des Satzes „nec a socio“ rel. ist nicht der „conventus“, sondern „is qui scit“. Nur dann stimmt auch die l. 9 mit l. 8 u. l. 20 cit. überein.

[160]) Ebenso Ascoli S. 35 ff.

[161]) Auch Ascolis Beweisführung vermögen wir nicht zu acceptieren. Ascoli geht davon aus, dass die l. 17 aus dem 22. Buch des Paulus stammt, und daher einen Fall der lex Aquilia behandelt. In Bezug auf die von Sklaven begangenen Sachbeschädigungen existierte eine von Celsus vertretene Meinung, nach welcher der dominus sciens suo nomine, nicht servi nomine verpflichtet war, im Unterschied zu allen anderen Fällen, in welchen er, auch wenn er sciens war, nur servi nomine haftete. Celsus schloss dies aus der Verschiedenheit der von den XII Tafeln und der lex Aquilia gegebenen Bestimmungen. Nach der ersteren war, weil die Klage gegen den dominus sciens ohne Beschränkung in solidum ging, dieser allein verantwortlich und der Sklave frei. Nach den XII Tafeln dagegen, welche das allgemeine Prinzip enthielten, dass der Sklave noxae dediert werden sollte, haftet der Herr auf die Litisästimation

handelt es sich daher darum, die genannten Stellen mit einander zu vereinigen, nicht mit der l. 4 § 3 in Einklang zu setzen. Die erste Frage ist dabei, wie es sich erklärt, dass die l. 5 de nox. act. der Litiskontestation die Gesamtwirkung abspricht, während die anderen Stellen die Gesamtwirkung anerkennen. Da ein innerer Grund, den einen Fall anders zu entscheiden, als die anderen, nicht gefunden werden kann, nimmt Ascoli an, dass l. 5 interpoliert sei. Dagegen versucht Eisele[162]) darzuthun, dass diese Annahme unbegründet sei: So richtig es ist, dass die Klage cum und sine noxa in elektiver Konkurrenz stehen, wenn es sich um den nämlichen Beklagten handelt, so wenig muss dies dann gelten, wenn sich die beiden Klagen gegen verschiedene

---

oder die noxae datio. Daher war der Herr immer, auch im Fall der scientia, servi nomine obligiert und der Sklave gleichfalls verantwortlich. Vgl. l. 2 § 1 D. de nox. act. 9, 4 u. oben S. 124 N. 30. Diese Verschiedenheit, welche sich auf eine allzu strikte Interpretation der beiden Gesetze gründete, wurde von Julian nicht anerkannt; er behauptete zuerst, dass das Prinzip der XII Tafeln auch auf die lex Aquilia Anwendung finden müsse und dass daher in beiden Fällen der dominus servi nomine hafte. Marcellus und Ulpian sind dem Julian gefolgt, während man annehmen kann, dass Paulus ein Anhänger des Celsus war. Er gewährt die a° sine noxa, nachdem die a° cum noxa angestellt war, weil die Grundlage beider Klagen für ihn verschieden war: im ersten Fall die culpa des dominus, im zweiten die des Sklaven. So erklärt Ascoli die l. 17. Was die l. 5 betrifft, so trifft die Erklärung des Ribbentrop nicht zu, weil Ulpian die Meinung des Celsus verworfen hat. Daher hält Ascoli die Phrase „nec altero convento alter liberatur" für Interpolation an Stelle von „et altero convento alter liberatur". Mit Recht bemerkt Ascoli im Anschluss daran gegen Windscheid, Pand. II § 297 N. 7, welcher die Korrealität für die Noxalklagen behauptet und mit der „Einheit des Delikts in Verbindung mit der Einheit des Eigentums" begründen will, dass dies zu einer einheitlichen Behandlung der verschiedenen Fälle hätte führen müssen, und dass anderseits, wenn hier die Einheit des Delikts zur Korrealität führe, dies auch bei mehreren Delinquenten der Fall sein müsse, so dass die Korrealität der Noxalobligationen für die Korrealität der Deliktsobligationen spreche. Mit seiner Argumentation selbst kann ich mich jedoch nicht einverstanden erklären. Wenn auch der Gedankengang der l. 2 § 1 de nox. act. richtig angegeben ist, so geht Ascoli doch zu weit, wenn er die widersprechenden Stellen mit einer Meinungsverschiedenheit zweier Juristen erklären will. Dieser Versuch muss als misslungen bezeichnet werden, weil er nicht erklärt, was er erklären soll. Die Schwierigkeit liegt nicht darin, welcher Meinung Paulus ist: das „iniquissimum" in l. 17 erklärt dieselbe hinreichend und setzt m. E. geradezu voraus, dass Paulus mit Ulpian im Prinzip übereinstimmte und als Konsequenz von Rechts wegen die Gesamtkonsumption anerkannte; ausserdem wird Ascoli dadurch widerlegt, dass gerade die einrissige l. 4 §§ 2 u. 3 de nox. act. von Paulus ist. Vgl. Eisele S. 471.

[162]) S. 470 f.

Eigentümer richten, und namentlich nicht, wenn die beiden Eigentümer scientes sind. Letzteres scheint in keiner Weise geboten zu sein, und in l. 5 spricht nichts für, aber eines sehr entschieden gegen Interpolation. Waren omnes ignorantes, so befreite die Litiskontestation mit dem einen die anderen; wenn in dem folgenden Fall, in dem omnes scientes waren, die Litiskontestation die nämliche Wirkung hatte, wie war es dann möglich, diesen Fall an den vorhergehenden mit Sed anzuschliessen? Ein anscheinend sehr gewichtiges Argument! Trotzdem möchte auch ich die Stelle für interpoliert halten.

Ich glaube nämlich zunächst nicht, dass die l. 5 für den Fall der domini ignorantes Gesamtkonsumption statuierte. „Si plurium servus deliquerit omnibus ignorantibus, noxale iudicium in quemvis dabitur." Wennschon in dem „quemvis" möglicherweise ebenso, wie bei anderen Stellen in dem „uterlibet" oder „alteruter" die elektive Konkurrenz zum Ausdruck kommen könnte, so trifft dies doch gerade hier nicht zu. Ulpian betrachtet in l. 5 verschiedene Fälle: 1. plures ignorantes; 2. plures scientes; 3. alter sciens, alter ignorans, und will nichts weiter sagen, als dass im ersten Fall jeder der actio noxalis, im zweiten jeder der actio sine noxae deditione, im dritten der eine cum, der andere sine noxae deditione haftet. Darauf, ob Solidarität oder Korrealität, legt Ulpian in der Stelle überhaupt keinen Nachdruck, und deshalb steht das „sed" der Annahme einer Interpolation mindestens nicht im Wege: der Gegensatz, den es andeuten soll, kann nicht der zwischen Elektion und Solidarität sein; denn wo ist im Eingang der Stelle etwas von Elektion gesagt? Das „quivis", welches vielleicht darauf hinweisen könnte, findet sich ja auch bei den omnes scientes: „quivis eorum tenebitur detracta noxae deditione". Sondern der Gegensatz beruht ausschliesslich in dem iudicium noxale und in solidum. Dagegen beweist der Umstand, dass Ulpian in l. 5 bezüglich des ersten wie des dritten Falles die Frage der Litiskontestationswirkung überhaupt nicht behandelt, dass er sie auch im zweiten Falle nicht behandelt hat und dieses Ergebnis erfährt eine Bestätigung durch den § 1 der Stelle:

> Differentia autem harum actionum non solum illa est, quod qui scit in solidum tenetur, verum illa quoque, quod, sive alienaverit servum qui scit sive manumiserit sive decesserit servus, dominus tenetur: sed si ipse dominus decesserit, heres eius non tenetur.

Der eine der beiden Unterschiede, welche der § 1 erwähnt, ist der im Prinzipium der Stelle behandelte: Noxalhaftung und Haftung in Solidum; darauf weist das non solum hin; der andere der, dass bei der ignorantia des Herrn noxa caput sequitur, bei der conscientia nicht — und der Unterschied, welcher der wichtigste von allen wäre, dass nämlich plures ignorantes Korrealschuldner, plures scientes blosse Solidarschuldner wären, ist im § 1 so wenig angedeutet, dass wir annehmen müssen, er habe überhaupt nicht existiert. Streichen wir aber demgemäss — im Gegensatz zu Ascoli, der für „nec" nur „et" setzen will — das „nec altero convento alter liberatur", so hat die Stelle erst volle Konzinnität. In der That scheint mir hier die Annahme einer Interpolation begründeter zu sein als bei irgend einer anderen Stelle. Ist dies aber richtig, dann erhält ein passus derselben noch eine besondere Bedeutung: die Worte: „quemadmodum si plures deliquissent". Sind sie echt, so entfällt durch die Streichung der Worte „nec altero convento" rel. ein Argument für die Solidarität der Deliktsobligationen. Freilich wird man mit den letzteren auch das „quemadmodum si plures" etc. streichen wollen; aber mit Unrecht. Es hatte schon vor Tribonian einen guten Sinn, nur bezog es sich, ehe Tribonian seinen Zusatz machte, nicht auf die Art, sondern auf das Mass der Haftung; es ist eine Umschreibung des sonst gebrauchten „in solidum" und dient zur Erklärung des Vorhergehenden „detracta noxae deditione".

Hinsichtlich der l. 17 wollen wir die Frage, ob sie interpoliert ist, unerörtert lassen. So wenig unerheblich uns die von Eisele hervorgehobenen Anzeichen scheinen, so wenig vermögen wir den ursprünglichen Text mit einiger Sicherheit wiederherzustellen und es ist immerhin denkbar, dass schon Paulus gegen die iniquitas der Prozesskonsumption Abhilfe gewährte. Ob freilich durch Aufstellung des Solutionsprinzips oder nicht vielmehr durch restitutio in integrum, worauf das „iniquum est" hinzuweisen scheint, wird fast nicht fraglich sein können.

Jedenfalls gewähren uns unsere Stellen hinreichenden Anhalt dafür, dass die Miteigentümer Korrealschuldner waren. Gegenüber den anderen Fragmenten wird die l. 17 pr. allein nicht ins Gewicht fallen können. Denn selbst wenn wir mit der herrschenden Lehre annehmen wollten, dass die Korrealität als qualifizierte Solidarität noch besondere Qualifikationserfordernisse hätte, so könnten diese kaum anderswo zu suchen sein als in dem gemeinsamen Eigentum und der Einheit des Sklavendelikts. Ein Delin-

quent, eine Klage. M. E. lässt sich gar kein Grund denken, warum bei der actio sine noxa andere Regeln gelten sollen als bei der actio noxalis.

Dies wird bestätigt durch die Stellen, welche von der interrogatio in iure handeln. Da der interrogatus seine Antwort gegen sich gelten lassen muss, so kommt er in die Lage, so behandelt zu werden, als ob seine Antwort der Wahrheit entspräche, auch wenn dies nicht der Fall ist. So haftet der, welcher als Erbe belangt wird, auf den Anteil, zu dem er angibt, Erbe zu sein; so haftet der, welcher sich als Eigentümer des Tieres oder des Sklaven, der Schaden gestiftet hat, ausgibt, geradeso, wie wenn er Eigentümer wäre.[163]) Da aber der Eigentümer auch haftet, haften beide wie zwei Miteigentümer und mit Bezug darauf sagt Paulus ohne Beschränkung auf den Fall der ignorantia, dass der interrogatus „si noxali iudicio conventus sit, dominum liberat, sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento alter quoque [164]) liberatur“. Dieser Fall wird in Gegensatz gestellt zu dem, wenn der interrogatus bekennt, dass er einen Sklaven getötet habe oder der Erbe des Thäters sei. Die Begründung „nec debet impunitum esse delictum eius qui fecit propter eum qui respondit“ zeigt, dass der Gegensatz nicht Solidarität, sondern Kumulation ist. Der interrogatus haftet aus seiner Bekenntnis, der Thäter aus seinem Delikt: das letztere würde straflos sein, wenn durch die Leistung von seiten des interrogatus der Thäter befreit würde. Ausgenommen ist der Fall der Stellvertretung: wenn der interrogatus actionem mandati oder neg. gestorum hat, so wird der Thäter mit einer exceptio in factum geschützt, um zu verhindern, dass er doppelt zahlen muss: dies beweist, dass der Gegensatz zur Korrealität im ersten Fall hier Multiplikatin sein muss, da im Fall der Solidarität der eine Mitschuldner durch die Leistung des anderen frei werden müsste, mithin einer exceptio in factum nicht bedürfte.

Sind aber diese Stellen ein Beweis für die Korrealität bei den Noxalklagen, so kann uns darin weder die l. 26 § 3 de nox. act. 9, 4, noch die l. 14 § 2 D. de servo corrupto irre machen, welche mit dürren Worten das Gegenteil besagen. Während die erste Stelle von Paulus dem hinsichtlich des interrogatus gewonnenen Resultate widerspricht, ist die zweite mit unserem Er-

---

[163]) l. 7 D. de interr. in iure 11, 1.

[164]) Dieses quoque bildet zugleich ein Argument gegen Fittings Ansicht, dass die liberatio mit der Prozesskonsumption nicht zu vereinigen sei.

gebnis über die Korrealität im Fall des Miteigentums nicht zu vereinigen. Um den Zwiespalt zu beseitigen, hat Buchka [165]) mit Ribbentrop, für den es sich „von selbst ergibt, dass die l. 26 § 3 keine Schwierigkeiten bereitet“,[166]) angenommen, dass die Stellen, welche das „altero convento alterum liberari“ enthalten, von der Konsumption durch Leistung verstanden werden müssen, eine Argumentation, die ganz unmöglich ist. Wie wäre auch ein römischer Jurist dazu gekommen, zu sagen „altero convento alter liberatur“, wenn er das Gegenteil angenommen hätte? M. E. löst sich die Schwierigkeit durch folgende Erwägung: Wenn in der l. 20 de int. in iure 11, 1 Paulus sagt: altero autem convento alterum liberari, so ist aus dem dritten dortselbst behandelten Fall allerdings eine Schlussfolgerung auf jenen ersten Fall nicht unzulässig, und sie muss, was wir Buchka zugeben, dahin gezogen werden, dass, während im dritten und zweiten Fall die Leistung des einen den anderen nicht befreit, im ersten Fall die Leistung beide Schuldner befreit. Und gewiss findet dieser Gedanke seinen Ausdruck in den Worten: „altero convento alter quoque liberatur“, aber nicht etwa, weil, wie Buchka annimmt, Paulus eine conventio mit darauffolgender Zahlung vor Augen hatte, sondern weil sich die Gesamtwirkung der Zahlung in der Gesamtwirkung der Litiskontestation, die Solidarität in der Korrealität äussert, wie wir dies bei so mancher Stelle schon bemerken konnten. Wir glauben daher, auf Grund der genannten Stellen Korrealität annehmen zu müssen. Die l. 26 § 3 und die l. 14 § 2 cit. müssen unter diesen Umständen interpoliert sein, da auch sie von Paulus herrühren, und es kann nichts verschlagen, dass sich für diese Annahme ein sicherer Beweis nicht erbringen lässt. Warum sollen die Kompilatoren nicht auch einmal gut interpoliert haben? Vermutlich wird in l. 26 § 3 an Stelle von „solvente“ „convento“ gestanden sein; die Stelle sollte mit der Phrase „altero convento alter liberatur“ die Solidarhaftung bezeichnen; in l. 14 § 2 wird man annehmen dürfen, dass die ganze Phrase „altero autem solvente alterum liberari“ von Tribonian eingeschoben ist, dass sie gegenüber dem „ut unusquisque in solidum teneatur“ überflüssig ist. Dass übrigens gerade die Stellen in dem Titel de interrogationibus in iure faciendis in ihrer ursprünglichen Gestalt uns erhalten sind, erklärt sich leicht daraus, dass das ganze Institut der interro-

[165]) Einfluss des Prozesses I S. 120 ff.
[166]) S. 244 N. 5.

gatio im Justinianischen Recht beseitigt ist, weshalb sich die Kompilatoren auf die Hinzufügung des § 1 an die l. 1 pr. des Titels beschränken konnten;[167]) warum sie freilich den Titel überhaupt aufgenommen, nachdem sie selbst erklärten „interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur",[168]) ist eine Frage, die hier nicht untersucht noch beantwortet werden kann. —

Mit unserer Ansicht über die Noxalklagen steht endlich jedenfalls nicht im Widerspruch die l. 1 § 14 D. si quadrupes 9, 1:

> Ulpianus libro XVIII ad edictum: Noxae autem dedere est animal tradere vivum. demum si commune plurium sit animal, adversus singulos erit in solidum actio, sicuti in homine,

insofern von der Wirkung der Litiskontestation darin nicht die Rede ist. —

Ein Überblick über die in diesen Paragraphen besprochenen Korreal- und Solidarobligationen führt uns zu folgendem Ergebnis:

I. Gesamtwirkung der Litiskontestation trat im klassischen Recht ein:

1. bei mehreren Vormündern,
2. bei mehreren Mandataren,
3. beim constitutum debiti alieni,
4. bei den unteilbaren Obligationen,
5. bei der actio de effusis et deiectis,
6. bei mehreren Feldmessern,
7. bei mehreren tutores falsi,
8. bei mehreren Deizienten,
9. bei mehreren Dieben,
10. bei den Noxalklagen im Fall des Miteigentums,
11. zwischen Thäter und interrogatus in iure,
12. bei mehreren Solidarpromittenten,
13. bei testamentarischer Solidarität,
14. bei mehreren Bürgen,
15. zwischen Bürgen und Hauptschuldnern,
16. bei den adjektizischen Klagen.

---

[167]) Vgl. auch Lenel, Palingenesia I Callistratus N. 66.

[168]) l. 1 § 1 D. de int. in iure 11, 1. Ehedem wagte man freilich nicht, diese Worte als Emblem zu verstehen und verfiel daher auf die Meinung, dass diese „interrogatoriae actiones" auf aussergerichtlichem Geständnis beruhten. Vgl. Glück XI S. 288 ff. Über die betr. Stellen cf. noch Sell, Noxalklagen, S. 169 ff., 198 ff.

II. Damit vergleiche man die folgenden Fälle, in welchen die Gesamtwirkung der Litiskontestation nicht eintrat:

1. actio quod metus causa,
2. actio doli,
3. actio in factum gegen mehrere, welche den Beklagten am Erscheinen vor Gericht verhindert haben.

Und nunmehr werfen wir die Frage auf, ob noch auf Grund dieser Übersicht angenommen werden kann, es habe das römische Recht die solidarischen Verbindlichkeiten in zwei wesentlich verschiedene Klassen geteilt! Ich glaube, dass unsere Tabelle die Frage schon beantwortet hat. Indessen soll doch auf das Korrealitätsproblem nochmals eingegangen werden.

§ 22.

Das Ergebnis.

Unser erstes Kapitel war dem Zweck gewidmet, den Begriff der Solidarität zu entwickeln und zu prüfen, ob sich ein von diesem verschiedener Korrealitätsbegriff ermitteln lässt; da sich uns schon die Solidarität als Mehrheit von Obligationen mit identischem Gegenstande darstellte, suchten wir vergeblich nach einem für die Korrealität besonderen Wesensbestandteil. Unser zweites Kapitel sollte feststellen, in welchen Fällen der von uns gefundene Solidaritätsbegriff Anwendung finden muss, um das Gebiet abzugrenzen, in welchem wir die Folgesätze unseres Solidaritätsbegriffes aufsuchen mussten. Unser drittes Kapitel hat den Nachweis geliefert, dass, von der Litiskontestationswirkung abgesehen, praktische Verschiedenheiten zwischen einzelnen Solidaritätsarten nicht bestehen, und damit das Ergebnis unseres ersten Kapitels wesentlich gefestigt. Endlich hat unser viertes Kapitel den Nachweis erbracht, dass die von uns bekämpfte Ribbentropsche Unterscheidung auch in ihrem Ausgangspunkt, der Wirkung der Litiskontestation, unbegründet ist, indem gerade die Fälle, die Ribbentrop zu den Stützen seiner Unterscheidung macht, im klassischen Recht ganz zweifellos als Korrealobligationen behandelt wurden.

Nicht sicher konnte dies in einem Fall behauptet werden; sicher musste die Gesamtwirkung der Litiskontestation in zwei Fällen in Abrede gestellt werden.

Dass diese letzteren ihrem materiellen Inhalt nach nicht von den Korrealobligationen verschieden sind, wird man zugeben müssen: sie sind nicht mehr und nicht weniger Deliktsobligationen als andere, die sich als zweifellose Korrealobligationen herausgestellt haben; die Einheit des begründenden Thatbestandes, die Einheit der causa, in welcher man in neuerer Zeit das Kriterium der Korrealobligationen erblickt, ist hier nicht minder gegeben als in allen anderen Korrealfällen. Wir haben denn auch zu zeigen versucht, worauf die fragliche Besonderheit der actio quod metus causa und der actio doli beruht: sie haben nicht eine „blosse Solidarobligation“ zur Grundlage, sondern eine Pönalobligation, welche zur Multiplikation deshalb nicht führen konnte, weil die Klage arbitraria war, von der Restitution der entwendeten Sache negativ bedingt.

Auch in dem ersten Falle wird man vergeblich nach Merkmalen suchen, die ihn von wirklichen Korrealobligationen unterscheiden, und ich muss wiederholt darauf hinweisen, dass die in Frage kommende l. 1 § 4 D. 2, 10 nur keinen Beweis für meine Ansicht bildet, nicht aber einen Beweis gegen dieselbe, da sie von der Litiskontestation überhaupt nicht handelt, und überdies nicht über jeden Verdacht der Interpolation erhaben ist.[1])

Die Antwort, die Ribbentrop sich gab, dass nämlich auf die Frage, was als das unterscheidende Merkmal zwischen Korrealität und Solidarität anzusehen sei, keine allgemeine Antwort möglich sein dürfte, können auch wir unterschreiben. Ribbentrop hat nur versäumt, die Konsequenz daraus zu ziehen.

An diesem Ergebnis scheitert jede Korrealitätstheorie. Man wird vergebens suchen, die drei genannten Fälle unter einen Hut zu bringen und den anderen Fällen gegenüberzustellen. Die actio in factum gegen die tutores falsi unterliegt der Gesamtkonsumption; warum nicht auch die actio in factum gegen den „per quem factum est quominus quis in iudicio sistat“? Deliktsobligationen sind Korrealobligationen: warum liegt nicht auch bei der actio doli und quod metus causa Korrealität vor? Diese Beispiele zeigen zugleich, wie unbegründet der Versuch Demangeats[2]) war, die vermeintliche Zweiteilung auf den Gegensatz von actiones stricti iuris einerseits und bonae fidei und in

[1]) Insofern das „si unus praestiterit poenam“ mit dem „cum nihil intersit“ wenig übereinstimmt.

[2]) Des obligations solidaires en droit Romain 1859.

factum anderseits zurückzuführen.[3]) Wir selbst aber gestehen, auf dem Gegensatz zwischen den 16 Korrealfällen einerseits und den 3 Solidarfällen anderseits eine Unterscheidungslehre nicht aufbauen zu können.

Insbesondere gilt dies von der Korrealitätslehre Eiseles und Czyhlarz'. Wir haben im ersten Kapitel nachzuweisen versucht, dass die Einheit der causa, auf welche beide die Korrealität zurückführen, nicht geeignet ist, die behauptete Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität zu erklären; wenn überdies in diesem Kapitel die Mehrzahl der Czyhlarzschen Solidaritätsfälle zu Korrealobligationen wurde, was bleibt dann noch von seiner Lehre aufrecht? Und Eisele sieht sich selbst genötigt, zu bekennen, dass seiner Unterscheidung die begriffliche Grundlage nicht entspricht und darauf zu verweisen, dass man es „mit einer unfertigen Entwickelung zu thun habe".[4])

Aber damit sind wir noch nicht am Ende. Wir haben bereits festgestellt, dass die Wirkung der Litiskontestation, um die es sich allein noch handeln kann, auf der Prozesskonsumption beruht; wir haben die Frage noch zu erörtern, wie sich diese Wirkung erklärt. Wir können uns dabei darauf beschränken, auf Eisele zu verweisen, welcher den richtigen Gesichtspunkt klar herausgestellt hat: die Prozesskonsumption beruht auf der eadem res; was bewirkt, dass hier eadem res vorliegt? Und unzweifelhaft hat Eisele diese Frage damit richtig beantwortet, dass er die eadem res auf ein materielles Moment, die Identität der Leistung, zurückgeführt hat.

Aber mehr können wir ihm nicht zugeben. Auch s e i n e Korrealitätstheorie lässt die konsequente Durchführung vermissen. Die Identität der Leistung beruht für ihn darin, dass der Gläubiger nur e i n m a l fordern kann; die Gesamtwirkung der Litiskontestation beruht für Eisele ausser diesem Moment noch auf dem anderen, dass eadem causa vorliegt; und überdies: die Einfältigkeit der Leistung ist nicht notwendig auf die Identität der Leistung zurückzuführen; sie kann auch auf der Identität des Zweckes beruhen. Wir stehen angesichts dieser Theorie vor dem Dilemma: Entweder ist die Gesamtkonsumption auf die Einfältigkeit der Leistung zurückzuführen — dann muss sie in allen Fällen der Solidarität eintreten, oder es sind verschiedene Gruppen zu

---

[3]) Gegen Demangeat vgl. Samhaber S. 63 ff.; Eisele S. 392 und insbes. Ascoli S. 78 ff.

[4]) S. 474.



unterscheiden — dann aber kann die Identität der Leistung nicht ausreichen, die Gesamtwirkung der Litiskontestation zu erklären. Wir wollen auf diesen Punkt, den wir schon im § 3 erörtert haben, nicht nochmals eingehen; so viel glauben wir im I. Kapitel bewiesen zu haben, dass die Einfältigkeit der Leistung eben auf der Identität der Leistung beruht, und diese auf die Identität des Zweckes sich gründet, so dass die Identität der causa, welche Eisele benutzt, um die Identität des Zwecks zur Identität der Leistung zu steigern, materiell wertlos ist, sofern die Identität des Zweckes eben der einheitlichen causa regelmässig bedarf, um erkannt zuwerden.

Eiseles Fehler scheint uns darin zu bestehen, dass er sucht, der causa die Rolle eines materiellen Erfordernisses, eines Begriffsbildungsmerkmals, zuzuweisen, während er von seinem Ausgangspunkt, der Einheit der caüsa als Voraussetzung der Gesamtkonsumption, dahin hätte gelangen müssen, die causa als etwas Formelles, von der Identität der Leistung Unabhängiges, zu behandeln und sein Ergebnis die Erkenntnis hätte bilden müssen: Ein materieller Unterschied zwischen den beiden durch die verschiedene Litiskontestationswirkung geschiedenen Gruppen besteht nicht; die Gesamtwirkung der Litiskontestation beruht auf einem blossen Accessorium, nämlich auf der Einheit der causa.

Welche Rolle die Einheit der causa bei der Prozesskonsumption spielt, hat Eisele in seiner Abhandlung über die Klagenkonkurrenz glänzend dargethan.[5]) Dadurch gewinnt seine Lehre, dass die Annahme der eadem res auch bei der Korrealität auf der eadem causa beruht, eine hervorragende Stütze. Aber trotzdem muss ich gestehen, in dieser Identität der causa immer noch den wunden Punkt der Korrealitätslehre Eiseles, auch wenn wir von den bereits geäusserten Bedenken absehen wollen, zu finden. Identität der Leistung — Identität der causa! Bedarf es der Identität der causa, um die Gesamtwirkung der Litiskontestation hervorzubringen, dann ist es nicht richtig, dass die Einfältigkeit der Leistung, wie Eisele 410 darzuthun sich bemüht, die Grundlage der Litiskontestationswirkung sein kann.

„Wenn zwei eine Leistung derart schulden, dass der Gläubiger von jedem die Leistung ganz einfordern, diese selbst aber nur einmal beanspruchen kann, so ist eben damit gegeben, dass die

---

[5]) Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz. Archiv f. d. civ. Prax. 79 S. 327 ff.

beiden dasselbe schulden".[6]) Für Eisele hätte es daher genügen müssen, dass die Schuldner die Leistung in der angegebenen Weise schulden, um die Gesamtwirkung der Litiskontestation zu begründen, und die Identität der causa würde sich als ein wesenloses Erfordernis herausgestellt haben.

Freilich ist für Eisele die eadem causa nicht etwas, was neben der eadem res in Betracht käme, sondern sie wird erfordert, damit eadem res vorhanden sei.[7]) Aber nur eadem res im Sinn der Prozesskonsumption. Damit eadem res im Sinn der Solidarität, der Einfältigkeit der Leistung vorhanden sei, wird sie auch für Eisele nicht erfordert, und an diesem Widerspruch krankt seine ganze Theorie. Nur tritt dieser Fehler weniger klar vor Augen, weil Identität der Leistung und Einfältigkeit der Leistung für ihn verschiedene Dinge sind, obwohl die Identität, wie das Citat oben bei Note 6 zeigt, auch für ihn auf der Einfältigkeit beruht.

Verschieden von diesem Ausgangspunkte Eiseles ist der unserige, der darin besteht, dass die Einfältigkeit der Leistung auf der Identität beruht, und dass die Einheit der causa nur ein regelmässiges Erfordernis der Identität bildet.

Es wollen sich auch die Fälle, die Eisele als Solidarobligationen den Korrealitätsfällen gegenüberstellt, nicht unter einen einheitlichen Gesichtspunkt bringen lassen, da bei der Mehrzahl derselben die causa nicht weniger identisch ist als bei den Musterfällen der Korrealität. Anders ist dies nur beim constitutum debiti alieni, wo von identischer causa natürlich nicht die Rede sein kann. Dagegen tritt auch bei der fideiussio die Gesamtkonsumption ein, obwohl „Einheit des begründenden Thatbestandes" nicht vorliegt, und damit ist bewiesen, dass die Einheit der causa für die Gesamtkonsumption wenigstens keine unentbehrliche Voraussetzung bildet. Eisele bemerkt allerdings, dass „in diesem Fall die eadem causa durch das Accessionsverhältnis ersetzt wird";[8]) in wiefern dies möglich und denkbar ist, hat Eisele leider nicht ausgeführt. M. E. schlummert in dieser Bemerkung der Gedanke von der einseitigen Identifizierung im Gegensatz zu der zweiseitigen bei der paritätischen Korrealität, die wir im 3. Paragraph auszuführen versucht haben. Und insofern hat

[6]) S. 417.
[7]) S. 423.
[8]) S. 423.

Eisele auch nicht ganz unrecht: die Identität der causa war den Römern das einzige Mittel, um zur paritätischen Vertragssolidarität zu gelangen.

Anderseits zeigt die l. 18 § 3 D. de pecunia constituta, dass die eadem causa den römischen Juristen viel weniger als Eisele ein unentbehrliches Erfordernis der Gesamtkonsumption schien. Wie hätten sie dieselbe mit einem „tutius est“ verneinen können, wenn die Handhabung eines sicheren theoretischen Prinzips in Frage gekommen wäre?

Wir haben daher zu untersuchen, welche Rolle die eadem causa bei der prozessualischen Konsumption überhaupt zu spielen hatte.

Wenn sich Eisele[9]) auf die l. 14 pr. § 2 D. de exc. rei iud. 44, 2 beruft:

> Paulus libro LXX ad edictum: Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est an idem corpus sit,
>
> Ulpianus libro LXXV ad edictum: quantitas eadem, idem ius,[10])
>
> Paulus eodem l.: et an eadem causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est.
>
> § 2 h. l.: Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas actiones singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur,

so ist zwar zuzugeben, dass causa hier den rechterzeugenden Thatbestand bezeichnet, aber zu bemerken, dass nach dem principium der l. 14 die Identität der causa in keinem höheren Masse Voraussetzung der Identität der res sein kann, als die Identität der Personen, von der wir ja wissen, dass sie nicht ausnahmslos erfordert wurde, und von der es dennoch heisst: quae nisi omnia concurrunt, alia res est. Und der § 2 der Stelle möchte viel eher gegen Eisele als für ihn sprechen, insofern er sagt, dass „singul*a*e caus*a*e singul*a*s obligationes sequuntur“, d. h. dass, wenn die nämliche Leistung dem nämlichen Gläubiger vom nämlichen Schuldner mehrfach geschuldet wird, immer ver-

---

[9]) S. 419.

[10]) l. 12; l. 13 D. eod. 44, 2.

schiedene causae vorliegen müssen, und der Schluss, der daraus zu ziehen ist, besteht eben darin, dass bei Verschiedenheit der causa keine Konkurrenz, auch nicht Solutionskonkurrenz, sondern Multiplikation gegeben ist, wie der Schluss der Stelle beweist:

neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.[11])

Aber was folgt daraus für die Korrealität? Anscheinend nichts weiter, als dass bei Mehrheit der Subjekte erst recht singulae causae singulas obligationes sequuntur, d. h. dass der Obligation eines jeden Schuldners auch eine besondere causa, ein individueller juristischer Thatbestand entspricht. Dieser individuelle Thatbestand geht allerdings in einem gemeinsamen Gesamtthatbestand auf; aber ist dieser letztere etwas anderes als ein Mittel zum Zweck, der Ausdruck des Identifizierungswillens, und ist für den Begriff der Korrealität der Erfolg nicht wesentlicher als dieses Mittel? Und ebenso ist es bei der Personenidentität, d. h. im Fall der Klagenkonkurrenz. Sie liegt dann vor, wenn mehrere juristische Thatbestände in einem faktischen Thatbestand enthalten sind, d. h. wenn sich der Anspruch, der aus letzterem resultiert, unter mehrere juristische Gesichtspunkte bringen lässt.

Wir nehmen daher an, dass die Identität der causa keine notwendige Voraussetzung der Gesamtkonsumption bildet, und behaupten, dass wenn dies der Fall wäre, dennoch die Identität der causa für den Korrealitätsbegriff bedeutungslos sein würde. Auch die Tilgung der Obligation durch Acceptilation hat ein formales Moment zur Voraussetzung: dass eine Verbalobligation vorliegt; trotzdem wird niemand innerhalb der Korrealobligationen deshalb zwei Klassen unterscheiden wollen, weil die Verbalobligationen durch die Acceptilation ipso iure, die anderen Obligationen nur per exceptionem aufgehoben werden.

Vielmehr ist die Identität der causa regelmässig Voraussetzung der Solidarität und damit der Korrealität. Eine sichere Ausnahme besteht nur im concursus duarum causarum lucrativarum, wo Solidarität, aber keine Korrealität vorliegt[12]) und die Solidarität nicht auf identischer causa, sondern gerade auf verschiedenen causae beruht. Wird man daraus ein Argument gegen uns ableiten können? Ich glaube nicht. Der concursus

---

[11]) Vgl. l. 10 D. de as e. v. 19, 1; l. 159 D. de R. J. 50, 17: non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse, Affolter I S. 137.

[12]) Vgl. die Stellen bei Sell, concursus c. lucr. S. 47.

causarum lucrativarum beruht gerade darauf, dass das Recht die Verschiedenheit der causae ignoriert; es ist eine Ausnahme, welche die Regel bestätigt.[13]) Deshalb will es auch nichts verschlagen, dass die Römer in diesem Falle offenbar keine Gesamtkonsumption angenommen haben. Der concursus c. l. bildet eben ein singuläres Institut, von dem auf andere Institute nicht geschlossen werden darf.

Wir halten also daran fest: im klassischen Recht ist die Solidarität Korrealität, wie im justinianischen Recht die Korrealität Solidarität ist. Dabei bleibt uns nur eines zu erklären, nämlich wie die Solidarität von den römischen Juristen in einer Weise ausgestaltet werden konnte, die dem praktischen Zweck des Institutes offensichtlich widerspricht. Die elektive Solidarität genügt der Sicherung des Gläubigers nur zum Teil, indem sie ihm zwar die Möglichkeit gibt, sich unter mehreren Schuldnern den besten auszusuchen, ihm aber nicht gestattet, eine unrichtige Wahl nachträglich zu verbessern. Bei der hervorragend praktischen Begabung der Römer ist nicht anzunehmen, dass sie von einem rein formellen Gesichtspunkt aus zur Gesamtkonsumption gelangten, da ihnen doch sonst allerorten die praktische Vernunft weit höher stand als logische Aprioristik. Wären es nur begriffliche Erwägungen gewesen, die zur Gesamtwirkung der Litiskontestation führten, so würden die Römer weit eher die Korrealität zur Solidarität entwickelt haben. Dass sie es nicht thaten, dass die Macht des Rechtslebens die Korrealität, an der die klassischen Juristen ausnahmslos festgehalten, erst beseitigen musste, beweist, dass es ein ursprünglich praktisches Moment war, welches die korreale Gestaltung der Solidarität im klassischen Recht bedingte.

Worin dieses Moment bestand, ist unschwer einzusehen. Schon Ziebarth[14]) hat darauf hingewiesen, dass die Solidarität in den alten Zivilprozess überhaupt nicht hineinpasste, weil der Satz „omnia iudicia absolutoria esse“[15]) noch keine Geltung hatte und weil daher bei den iudicia stricti iuris der Prozess-

---

[13]) Der concursus causarum lucrativarum ist älter als jede Berücksichtigung der voluntas testatoris; seine Begründung ist „traditum est“; wenn in l. 21 § 1 D. de leg. III° die Worte „nisi defunctus aestimationem quoque praestari voluit“ auf den Willen des Testators verweisen, so ist dieser Satz als Zusatz der Kompilatoren zu bezeichnen. Vgl. Gradenwitz S. 205.

[14]) Iherings Jahrb. XII S. 410.

[15]) Gai IV 114.

beginn, wenn er nicht die Befreiung der Solidarmitschuldner bewirkte, notwendig zu einer doppelten Verurteilung hätte führen müssen. Denn wenn, scheint Ziebarth dabei zu folgern, die Zahlung von seiten des Alleinschuldners nach der Litiskontestation denselben nicht mehr befreite, so ist dies ebensowenig anzunehmen, wenn statt des Schuldners ein Dritter leistete und noch weniger, wenn diese Leistung erfolgte, um die eigene Schuld dieses Dritten zu tilgen. Damit steht Dernburgs Hypothese in Übereinstimmung, welche auf die Theorie von der novatio necessaria zurückgreift: Wie die Annahme der novatio necessaria notwendig war, um zu verhindern, dass die ursprünglich einfache Obligation durch die Litiskontestation multipliziert werde, so durfte nur eine Klage aus der Solidarobligation zugelassen werden, da mehrfache Belangung zur Doppelzahlung geführt hätte. Erst in der Kaiserzeit habe sich der Gedanke entwickelt, dass mehrere an sich selbständige Judikate durch einmalige Zahlung getilgt werden könnten, und daraus sei die Solidarität entstanden. [16])

Eisele hat zwar gegen diese ansprechende Hypothese eingewendet, dass dem alten Prozess auch ein anderes Schuldrecht zu Grunde lag, welches nicht das Vermögen, sondern die Person des Schuldners dem Gläubiger verhaftete, so dass der Gläubiger schlimmsten Falls den Verkaufswert seines Schuldners erhielt. Überdies sei denkbar, dass sich der Gläubiger durch die Korrealverpflichtung weniger gegen die Gefahr unvollständiger Befriedigung, als vielmehr gegen andere Eventualitäten, wie Abwesenheit, Captivitas des Schuldners u. dergl. zu sichern suchte, und endlich sollten die alten doch in der Lage gewesen sein, der von einem Korreus geleisteten Zahlung Wirkung gegenüber der dem anderen Schuldner drohenden manus iniectio iudicati zu verschaffen.

Die beiden ersten Einwände richten sich m. E. mehr gegen die praktische Auffassung der Korrealobligation, als gegen die Dernburgsche Hypothese. Dieselben laufen nur darauf hinaus, dass die Befriedigung des Gläubigers auch durch andere Ereignisse, als durch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bedroht sein kann, betreffen also doch den Sicherungszweck der Solidarität wenigstens mittelbar; und wenn auch der Gläubiger in diesen

---

[16]) Preuss. Privatrecht I S. 275 N. 3, II S. 114 N. 7 (II. Aufl.). Pand. II § 72.

Fällen durch das Elektionsprinzip nicht mehr benachteiligt ist, als wenn er nur einen Schuldner hätte, so muss doch notwendig die Aufstellung eines zweiten Schuldners neben dem einen die Vorstellung erwecken, dass dadurch nicht nur Exekutionsbequemlichkeit, sondern auch Garantie geboten wird; m. a. W.: wenn das Garantiemoment der Korrealität nicht ursprünglich innewohnte, so musste es als unmittelbare Folge durch die Korrealität erzeugt werden und demgemäss wieder auf die Gestaltung der Korrealität zurückwirken.

Schwerer wirkt das an letzter Stelle von Eisele geäusserte Bedenken. Wir selbst möchten im Anschluss daran die Frage aufwerfen, ob die Prozessnovation wirklich Mittel zum Zweck und nicht vielmehr der theoretische Ausdruck für eine längst anerkannte praktische Rechtsfolge war. Ist diese Frage im letzteren Sinn zu beantworten, dann steht Dernburg allerdings ein gewisses Bedenken entgegen. Aber es reicht nicht weiter, als um seine Theorie als Hypothese erscheinen zu lassen; und mehr als hypothetische Resultate wird die geschichtliche Rechtsforschung dann, wenn es sich um praktische Momente handelt, in der Regel nicht aufzuweisen haben. Anderseits bildet aber die Lehre vom Aktionenkonkurs, insbesondere von der idealen Deliktskonkurrenz, einen Beleg dafür, dass die Römer auf dem Gebiet mehrerer das nämliche Ziel verfolgender Obligationen das praktische Ziel zu erreichen anfänglich nicht im stande waren, da eine Klage auf das „plus quod interest in alia actione“ erst der späteren Jurisprudenz angehört.[17])

Indessen kommt es doch darauf an, ob zwischen Eiseles und Dernburgs Theorien ein wirklicher Widerspruch besteht. Und das glaube ich verneinen zu müssen. Wir sind im wesentlichen denselben Weg wie Eisele gegangen und haben den XII Tafelsatz von der eadem res zum Ausgangspunkt genommen. Wir stimmen mit Eisele darin überein, dass die hervorstechende Eigentümlichkeit der Korrealobligation auf dem Satze „ne bis de eadem re sit actio“ beruhte, und dass die Identität der Leistung die erste Voraussetzung seiner Anwendbarkeit bildete, wie denn auch die Quellen die Gesamtwirkung der Litiskontestation auf diese Identität ausdrücklich zurückführen.

l. 2 D. h. t. 45, 2: „et singulis in solidum debetur

---

[17]) Vgl. l. 18 § 3 de pec. const. 13, 5.

et singuli solidum debent. ideoque petitione acceptilationeve unius tota solvitur obligatio."

Aber damit ist die gestellte Frage noch keineswegs beantwortet. Denn notwendig war die Anwendung des Satzes auf die Korrealität umsoweniger, als die Identität der res regelmässig Identität der Personen erforderte und daher zu begründen war, warum es bei der Korrealität auf die Einhaltung des letzteren Erfordernisses nicht ankommen musste, ja nicht einmal durfte. Dazu aber bedarf es eines praktischen Gesichtspunktes, wie ja die Interpretationsthätigkeit der Römer immer von praktischen Gesichtspunkten geleitet wurde.

Dass die Anwendung des XII Tafelsatzes auf die Korrealobligationen der Interpretation zuzuweisen ist, wird man nicht bestreiten können; ein Blick auf die Stellen, die auf die Prozesskonsumption Bezug haben, einerseits und auf den lakonischen XII Tafelsatz anderseits belehrt uns, dass die ganze Konsumptionslehre von den Juristen entwickelt wurde. Wir geben Eisele zu, dass die „eadem res" im materiellen Sinne geradezu auf die im formellen Sinn hindrängte, aber wir glauben, dass die Jurisprudenz von dem von ihr aufgestellten Erfordernis der Personenidentität keine Ausnahme gemacht haben würde, wenn es nicht praktisch notwendig gewesen wäre.

Wenn wir so in Dernburgs und Eiseles Auffassung einen unversöhnlichen Gegensatz nicht erblicken können, und deshalb keine Veranlassung finden, um der letzteren willen die erstere preiszugeben,[18]) so müssen wir doch Dernburg widersprechen, wenn er versucht, die Solidarität aus der Korrealität historisch-organisch zu entwickeln. Unsere Untersuchung im vorigen Paragraphen hat ergeben, dass im klassischen Recht, von Labeo bis Ulpian, alle Solidarobligationen Korrealobligationen sind; die Schaffung der blossen Solidarität gehört daher der nachklassischen Periode an. Es war die Praxis, welche die dem Verkehr nicht mehr genügende Gestaltung der Gesamthaftung änderte, wie die l. 28 C. de fideiuss. 8, 40 mit voller Klarheit ersehen lässt.

„Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ne nec simplicitas

---

[18]) Vgl. jetzt auch Eisele Archiv 84 S. 298 N. 5.

suscipientium contractus ex quacumque parte possit ius creditoris mutilare?" [19])

In unseren Rechtsquellen stehen sich mithin zwei Institute unvermittelt gegenüber; die justinianische Solidarität, die uns durch die l. 28 C. cit. ins rechte Licht gesetzt wird, und die klassische Korrealität, welche die Mittel der Textkritik, unterstützt von den Unterlassungssünden der Kompilatoren, uns wiederherstellen.

Damit glauben wir das Korrealitätsproblem gelöst zu haben. Den Kern der klassischen Korrealobligation bildet die Identität und die durch sie vermittelte Einfältigkeit der Leistung. Das allein ist an der Korrealobligation das Urwüchsige; was sich um diesen Punkt an Rechtssätzen gruppiert, die Gesamtwirkung der Acceptilation, der Delegation, des Eides, ist Werk der römischen Interpretation, und auch die Gesamtwirkung der Litiskontestation gehört dem Juristenrecht an. Freilich setzen wir uns mit dieser Behauptung dem Vorwurf aus, den schon Mitteis ertragen musste, dass wir damit „der Korrealität ihre Naturwüchsigkeit im römischen Recht bestreiten".[20]) Aber wir fragen: Wo ist der Nachweis, dass das, was heute Korrealität genannt wird, ein Erzeugnis der naiven ursprünglichen Rechtsbildung war? Geht doch alles Recht nicht von Instituten und Begriffen, sondern von Sätzen aus! Anderseits liefern uns, denke ich, die Digesten den direkten Beweis, dass die römischen Juristen ihre Korrealität aus einem sehr einfachen Keim entwickelt haben; ihre Thätigkeit ergibt das „convenit, placuit" u. s. w., mit dem sie ihre Rechtssätze begründen, ihren Ausgangspunkt die Einhelligkeit, mit der sie alle Rechtswirkungen auf die Zahlungsnatur der betr. Geschäfte, und mithin auf die Solidarität in der Korrealität zurückführen.

Wir wollen damit nicht bestreiten, dass die Korrealität in das graue Alter des römischen Sacralrechtes hinaufreicht, dass das Konvovieren, Konjurieren und Konspondieren Korrealität erzeugte.[21]) Aber wir glauben eben, dass diese Korrealität cum grano salis verstanden werden muss; es war die gemeinsame solidarische Haftung für das Gelübde, welche durch die Erfüllung, von welchem der convoti immer, gelöst wurde; es war die Soli-

---

[19]) Vgl. auch das „plerumque in fideiussorum cautionibus ex pacto esse prospectum am Anfang der Stelle. Ich halte es für wahrscheinlich, dass die fideiussio indemnitatis die Entwickelung vermittelt hat.

[20]) Pernice Zeitschr. f. Handelsrecht XXXIII S. 438 f.

[21]) Leist, graeco-italische Rechtsgesch. S. 230 f.

darität, welche die Grundlage für die interpretatio der klassischen Juristen bildete.

Wenn wir nunmehr zu unserem Ausgangspunkt zurückkehren, zu den Stellen, welche zu vereinigen die Aufgabe Ribbentrops und so vieler Vorgänger und Nachfolger desselben bildete, so müssen wir allerdings gestehen, dass wir den Zwiespalt in den Digesten nur mit einer Nachlässigkeit der Kompilatoren erklären können. Dieselben haben interpoliert, aber sie haben nicht alles interpoliert. Man wird sich mit dieser Erklärung zufrieden geben müssen; denn auch Ribbentrop und seine Anhänger haben diese Frage nicht besser zu erklären vermocht, oder vielmehr, sie sind an ihr achtlos vorübergegangen. Der Umstand, der die ganze Hochflut der Korrealobligationenlitteratur heraufbeschworen hat, der Widerspruch der Stellen, die bei einzelnen Korrealobligationen Gesamtwirkung der Litiskontestation annehmen, bei anderen verneinen, ist schon bei Ribbentrop in den Hintergrund getreten; schon diese erste neuere Theorie ist von ihrer Aufgabe, den Widerspruch im Justinianischen Recht zu beseitigen, abgekommen und hat sich ausschliesslich damit beschäftigt, die Stellen zu vereinigen, bei welchen die Gesamt- oder Einzelkonsumption im vorjustinianischen Rechte eintrat.

In dieser Beziehung leistet also jedenfalls unsere Korrealitätstheorie nicht weniger als die anderen. Aber wir glauben sogar behaupten zu dürfen, dass sie mehr leistet als diese, da sie im stande ist, die von Brinz aufgeworfene Frage zu beantworten: Wenn die Sicherheit zum wahren praktischen Grund der Korrealobligation gehört, warum hat man nicht lieber noch grössere Sicherheit gewollt? Die Frage hat den Gegensatz zwischen Korrealität und Solidarität als gleichzeitig geltenden Rechtsinstituten zur Voraussetzung, einen Gegensatz, der sich als imaginär erwiesen hat. Die Korrealität war die grösste denkbare Sicherheit, die die ältere Jurisprudenz mit den ihr verfügbaren Mitteln gewähren konnte; wenn sie auch später noch die eigentümliche Gestalt, die sie infolgedessen angenommen hatte, beibehielt, so hat dies seinen Grund nicht allein in der konservativen Natur alles Rechtes, welche auch überlebte Institute forterhält, bis sie endlichem Ansturm neuer Ideen zum Opfer fallen, sondern vorzugsweise darin, dass der praktische Zweck hinter der Konstruktion zurücktrat. Wir haben schon oben darauf hingewiesen, dass Elektion und Konsumption keine Gegensätze sind. Die Gesamtkonsumption war praktisch notwendig; die

Elektion war ihre Folge; so bildete sich in der That die elektive Solidarität als eine Art von subjektiv-alternativer Obligation aus, welche als geschlossener Begriff ein grosses Beharrungsvermögen besass. Überdies war das klassische Recht der Römer ein überwiegend nationales Recht. Der wichtigste Faktor für die Verbesserung und Vervollkommnung des Rechts im praktischen Sinn, die Vergleichung mit dem fremden Recht, spielte zu einer Zeit, da sich das römische Recht noch im Stadium der Expansion befand, noch keine hervorragende Rolle. Erst in der nachklassischen Zeit, als das griechische Recht dem römischen Recht als Konkurrent gegenübertrat, als das ganze Leben der römischen Antike sich mehr und mehr hellenisierte, erlagen die strengen Institute des Römischen Rechts der reformatorischen Gewalt neuerer Anschauungen, die in der Gewährung des Regresses und der Teilung einerseits, in der Aufhebung der Elektivhaftung anderseits zum sprechenden Ausdruck kamen. Die Solidarität Justinians ist in den Grundgedanken von der des klassischen Rechts verschieden, sie ist als eine Art von Sozietät gedacht, während die klassische Jurisprudenz auf diese Vorstellung gar nicht verfallen konnte, weil ihr die strenge Einseitigkeit des Stipulationenrechtes dabei im Wege stand. Leider haben unsere Pandektisten der antiquarischen Richtung der Zeit folgend, diesen Entwickelungsgang unbeachtet gelassen. Während das gemeine Recht vor der historischen Schule im wesentlichen dem Solidaritätsrecht Justinians entspricht, steht unser heutiges Pandektenrecht nahezu auf dem Standpunkt des Ulpian, was kaum als eine Besserung bezeichnet werden kann. Davon werden wir im VI. Kapitel handeln.

II. Abteilung: Mehrheit der Gläubiger.

V. Kapitel.

§ 23.

Duo rei stipulandi.

Im Gegensatz zu den passiven Korrealobligationen ist leider die aktive Korrealität sehr vernachlässigt worden. Schon Ribbentrop hat seine Untersuchung im wesentlichen auf die passive Korrealität beschränkt und als selbstverständlich vorausgesetzt, dass, was für diese gilt, auch für die aktive Korrealität gelten müsse;[1]) Savigny hat dies sogar ausdrücklich erklärt,[2]) ohne freilich eine Begründung seiner Ansicht für notwendig zu halten. Auf diesem Standpunkt ist man bis in die neueste Zeit verharrt; nicht zum Vorteil der Sache hat man das Recht der Gläubiger- und der Schuldnermehrheit mit einander vermengt. Da die uns wichtige Frage, ob die Quellen für die beiden Institute nicht verschiedene Rechtssätze aufstellen, gar nicht gestellt wurde, konnte auch die zweite Frage, ob der Begriff der aktiven Korrealität mit dem der passiven übereinstimme, nicht auftauchen. Erst der Versuch Fittings, die Korrealität auf eine neue Grundlage zu stellen, legte die letztere Frage einigermassen nahe, und die ersichtliche Schwierigkeit, seine Elektionstheorie bei der aktiven Korrealität durchzuführen, führte seinen Kritiker Stintzing dazu, die aktive Korrealobligation unter den Gesichtspunkt der Occupation oder Prävention zu stellen.[3]) Trotzdem hat man sich mit der Frage nach dem Begriff dieser Korrealität auch in der neueren Zeit nicht sehr beschäftigt; das Quellenmaterial, welches sich auf die Gläubigermehrheit bezieht, diente vielmehr fast ausschliesslich dazu, einzelne Sätze, die man bezüglich der passiven Korrealität behauptete, zu unterstützen.

---

[1]) §§ 3, 4.

[2]) Obligationenrecht I S. 159.

[3]) Krit. Vierteljahrsschr. I S. 516. Vgl. auch Girtanner, Stipul. S. 218; Samhaber S. 143 f.; Windscheid krit. Vierteljahrsschr. III S. 172.

Noch weniger hat man sich mit der Frage beschäftigt, ob es aktive Solidarobligationen gebe. Seit sie Savigny kurzweg verneinte, steht die herrschende Lehre auf diesem Standpunkt, und nur Puchta, Windscheid und Ihering vertreten die gegenteilige Ansicht. Auch wir werden uns mit der problematischen aktiven Solidarität beschäftigen und daran die Frage reihen, ob ein begrifflicher Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität auf der Gläubigerseite besteht. Da die erste Voraussetzung der Beantwortung dieser Frage die Feststellung des Begriffes „aktive Korrealität" bildet, werden wir uns zunächst mit den für sie geltenden Sätzen befassen, um aus ihnen den Korrealitäsbegriff zu ermitteln.

Jeder von mehreren Korrealgläubigern kann die Schuld ganz einfordern, sodass, wenn an ihn die ganze Leistung erfolgt, die Forderungen seiner Mitgläubiger untergehen.[4]) In gleicher Weise wirkt die von einem Korrealgläubiger vorgenommene Acceptilation[5]) und Eideszuschiebung.[6]) Dass dagegen der Novation an sich keine Gesamtwirkung zukommt, sondern nur dann, wenn sie ein Erfüllungssurrogat ist, haben wir schon oben nachgewiesen.[7])

Sehr bestritten ist die Wirkung des pactum de non pentendo. Während nach den Einen demselben dann Gesamtwirkung zukommt,[8]) wenn die Korrealgläubiger socii sind, ist es nach den anderen auch unter dieser Voraussetzung auf die Person des Paciszenten beschränkt.[9]) Diese letztere Meinung ist als die richtige zu erachten.

Sowohl die l. 27 pr. D. de pactis 2, 14[10]) als auch die l. 93 D. de sol. 46, 3 verneinen die Gesamtwirkung ohne jede Einschränkung. Hierin liegt kein zwingendes Argument gegen die

---

[4]) § 1 J. h. t. 3, 16; l. 3 § 1 D. h. t. 45, 2; l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2; l. 34 § 1 D. de sol. 46, 3.

[5]) l. 2 D. h. t. 45, 2; l. 13 § ult. D. de accept. 46, 4.

[6]) l. 28 pr. D. de iureiur. 12, 2.

[7]) § 13 S. 241 ff.

[8]) Faber, conicet. XI c. 18; Rationalia ad Pand. l. 27 cit.; Noodt, de pactis c. ult. Baron, S. 299; Windscheid II § 295 N. 4; Waldner S. 176.

[9]) Cuiaz, obss. XXII c. 6; Hübel, reus stipul. an correo noceat p. 29 ff.; Guyet, Abh. S. 271 f.; Thibaut in Brauns Erörterungen S. 238 ff.; Mühlenbruch, Lehrb. § 493; Wening, Lehrb. § 249; Fritz zu Wening II S. 420; Göschen, Vorl. § 447; Unterholzner, Schuldverh. I S. 485; Savigny S. 172 ff.; Demangeat p. 304; Fitting S. 94; Landucci p. 81, 151, u. a. m.

[10]) Oben S. 225.

Annahme der Gesamtwirkung im Fall der Sozietät.[11]) Anderseits ist gewiss Baron nicht beizupflichten, wenn er, davon ausgehend, dass in l. 27 de pactis die Korrealgläubiger schlechthin den argentarii socii gegenübergestellt werden, arg. e contr. schliesst, dass bei rei stipulandi socii das pactum des einen gegen alle wirkt.[12]) Dieser Schluss hat zur Voraussetzung, dass argentarii socii Solidarschuldner sind, ist aber schon unter dieser Voraussetzung falsch, da das „socii" aus dem Vorhergehenden sehr wohl zu den duo rei stipulandi ergänzt werden kann, anderseits aber der Schluss nur in der Richtung möglich wäre: Was bei argentarii socii gilt (idemque), muss auch bei duo rei stipulandi gelten. Wie wenig durchdacht übrigens diese nur vereinzelt vertretene Meinung ist, geht daraus hervor, dass sie einer inneren Begründung vollkommen entbehrt, wie denn auch der Versuch einer solchen gar nicht gemacht wurde. Dass bei duo rei promittendi socii das pactum Gesamtwirkung hat, ist richtig; aber ist ein Schluss auf die rei stipulandi daraus zu ziehen? Ich glaube nicht! Dem Korrealschuldner gewährt das pactum seines Mitschuldners die Einrede, weil andernfalls dasselbe auch für den letzteren illusorisch wäre; ein Gesichtspunkt, der offenbar bei der aktiven Korrealität in keiner Weise zutrifft. Dass die Sozietät keine Bedeutung haben kann, sagt überdies die l. 27 pr. de pactis selbst, allerdings in anderer Weise, als dies in der Regel angenommen wird. Wenn nämlich die Sozietät die Wirkung des pactum beeinflussen sollte, so könnte dies nur deshalb geschehen, weil einerseits den mehreren das nämliche geschuldet wird, anderseits der Paziszent mit der a° pro socio einen Anteil an dieser Schuld erlangen kann — eine Argumentation, die mir freilich unbehilflich erscheint. Aber diese müsste dazu führen, dass das pactum auch gegenüber den argentarii socii Gesamtwirkung hätte, da diese ratio auch bei ihnen zutrifft: auch der argentarius paciscens würde durch die actio pro socio mittelbar erlangen, dessen er sich unmittelbar begeben hat, und trotzdem steht seinem Mitgläubiger das pactum nicht entgegen. Wir glauben mit gutem Grunde, da andernfalls ein schnöder Eingriff in das Recht des Mitgläubigers vorliegen würde. Überdies behaupten wir, dass argentarii socii Korrealgläubiger sind; die einzige Veranlassung, sie zu Solidargläubigern

---

[11]) Wie Savigny u. A. annehmen.
[12]) S. 299.

zu machen, bot die Notwendigkeit, die l. 27 pr. verb. „nam nec novare alium posse“ mit der l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2 zu vereinigen, in welcher man den Satz ausgesprochen glaubte, dass die Novation des einen Korrealgläubigers den anderen ausschloss.[13]) Da diese Annahme, wie wir gesehen haben, unbegründet ist, ein Widerspruch zwischen den beiden Stellen also nicht im mindesten vorliegt, besteht kein Grund, die argentarii socii von den Korrealobligationen auszunehmen. Der Gegensatz innerhalb der l. 27 pr. de pactis ist demnach kein anderer als: gesetzliche und Vertragskorrealität; dass zu den „argentarii“ das Wort „socii“ gefügt wird, hat keinen anderen Zweck als den, die argentarii als correi erscheinen zu lassen, geradeso, wie auch nach unserem Handelsgesetzbuch nur Handels g e s e l l s c h a f t e r Korrealschuldner sind.

Wenn wir daher in dieser Streitfrage uns der herrschenden Lehre anschliessen, weil uns die l. 27 ausdrücklich zu sagen scheint, dass auch dem correus stipulandi s o c i u s das pactum seines Mitgläubigers nicht entgegensteht,[14]) so kann uns in diesem Ergebnis die l. 34 pr. D. de receptis 4, 8 nicht irre machen, auf welche sich nach Fabers Vorgang Baron und Windscheid berufen. Denn diese Stelle handelt nur von dem Verfall der Konventionalstrafe wegen Zuwiderhandlung gegen das Kompromiss bezw. die sententia arbitri.[15]) Wenn verneint wird, dass die poena verfällt, wenn der nicht kompromittierende Korrealgläubiger den Rechtsweg beschreitet, so ergeht diese Entscheidung unter der Voraussetzung „si socii non sint“, woraus arg. e contr. zu schliessen ist, dass die Pöna im Fall der Sozietät verfallen würde. Denn andernfalls „nec a te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur“, was auf die beiden im Eingang der l. 34 pr. cit. behandelten Fälle der aktiven und passiven Korrealität in der Weise bezogen werden muss, dass „nec a te petitur“ chiastisch an die passive Korrealobligation anschliesst, während der ganze Rest von der aktiven Korrealität handelt.[16]) Der Sinn dieser Begründung ist ebenso-

---

[13]) Vgl. Savigny, Obl. I S. 174; Karlowa, R.R.G. II S. 726.

[14]) Oben S. 198 f.

[15]) Vgl. oben S. 199 N. 9; Mayer, die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitentscheidung. Erlang. 1888 S. 31.

[16]) Haloander will statt „nec ego peto“ „licet ego petam“ lesen, wodurch eine äusserliche Konzinnität hergestellt wird. Nur schade, dass sich für diese Konjektur keine handschriftliche Stütze findet! Mir scheint übrigens das „nec

wenig einleuchtend als missverständlich. Bei der passiven Korrealität hat es allerdings einen Sinn, wenn die Correi socii sind, zu sagen „a te petitur, si ab illo petitur“, aber bei der aktiven Korrealität ist die Begründung „si ille petit“ oder „si a te petitur, ego peto“ doch eine sehr merkwürdige. Nur bei der passiven Korrealobligation lässt sich sagen, dass in der Person des einen socius „τῇ δυνάμει“ der andere, der Kompromittent, belangt wird;[17]) der Verfall der Konventionalstrafe ist hier gerechtfertigt, weil ein Handeln des kompromittierenden Gläubigers in Frage steht, weil er mit der Klage gegen den einen Schuldner das Kompromiss mit dem anderen umgeht. Bei der aktiven Korrealobligation trifft das in keiner Weise zu. Der Kompromittent kann den Mitgläubiger gar nicht verhindern, zu klagen; und auch der andere Gesichtspunkt, dass der kompromittierende Schuldner mittelbar belangt wird, trifft hier nicht zu; bei der passiven Korrealobligation hat der Schuldner ein Interesse daran, nicht an seinen Mitschuldner und mittelbar an den kompromittierenden Gläubiger zu leisten bezw. τῇ δυνάμει von ihm verklagt zu werden; bei der aktiven ist es für den Schuldner vollkommen gleichgültig, ob er an diesen oder jenen Gläubiger leisten muss. Das Interesse des Schuldners besteht dort darin, überhaupt nicht zu leisten, und dieses wird geschützt, weil nur ein Gläubiger da ist; hier besteht es nur darin, an den Kompromittenden nicht zu leisten, und von ihm nicht verklagt zu werden, und nur dieses Interesse ist durch die Konventionalstrafe geschützt. Dem Kompromiss zuwider handelt weder der Kläger — weil er nicht kompromittiert hat — noch der Kompromittent — weil er nicht klagt. Was will es demgegenüber bedeuten, dass im Fall der societas „das Fordern des einen Gläubigers auch das Fordern des andern sei?“ [18])

Die Entscheidung des Paulus ist also geradezu unverständlich und wird um nichts einleuchtender, wenn wir erwägen, dass es Paulus um die Interpretation der herkömmlichen Kompromissklausel zu thun war.[19]) Im Gegenteil! Die Schlussperiode, in

---

ego peto“ den direkten Gegensatz zu dem „nec a te petitur“ bezeichnen zu sollen. — Dabei will ich nicht verhehlen, dass mir die ganze Stelle nicht unbedenklich scheint. Man betrachte nur im Eingang der Stelle das „isque vetitus sit — ne ab eo petatur“!

[17]) Vgl. l. 29 D. eod. 4, 8.

[18]) Windscheid II § 295 N. 4.

[19]) Vgl. Lenel, Edictum S. 104 zu N. 1.

welcher das „ego peto“ in ausdrücklichem Gegensatz zu dem „licet a te petatur“ steht, weist darauf hin, dass die Pönalstipulation in der Regel unpersönlich gefasst war „si ea res petatur“, dass man aber dennoch restriktiv interpretierte „si is que compromisit petat“ oder „si ab eo qui compromisit petatur“, und dies würde, mangels eines besonderen Grundes, dazu führen, den Verfall der Konventionalstrafe bei der aktiven Korrealität zu verneinen.

Dennoch kann Fritz nicht beigestimmt werden, wenn er annimmt, dass die Sozietas nur bei der passiven Korrealobligation den erwähnten Einfluss äussere,[20]) da die Ausdrucksweise am Schluss der Stelle mit absoluter Notwendigkeit auf die aktive Korrealität mit zu beziehen ist.[21]) Wir glauben daher, dass die l. 34 pr. eine inhaltlich unrichtige Entscheidung gibt. Für jeden Fall aber kann auf die Stelle eine Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität nicht begründet werden, da sie nicht auf den Besonderheiten der — hypothetischen — Korrealität, sondern auf der Solidarität und der durch sie vermittelten Identität des Gegenstandes einerseits, sowie der Sozietät anderseits beruht.

Ist die l. 34 pr. aber contra rationem iuris, so lässt sich offenbar ein Schluss auf das pactum de non petendo nicht ziehen. Überdies fehlt es dazu an jedem tertium comparationis. Nach klassischem Recht erzeugt das compromissum keine Einrede;[22]) damit entfällt die Möglichkeit einer Vergleichung des Paktums mit dem Kompromiss. Beim letzteren handelt es sich um eine bedingte Promission, welche die Frage aufwirft, wann die Bedingung eingetreten ist; hier ist also eine Willensinterpretation immerhin am Platze. Für das pactum dagegen ist sie ganz gleichgültig; ein pactum de non petendo zu gunsten oder zum Nachteil dritter Personen gibt es nicht; nur ausnahmsweise begründet ein pactum zu gunsten dritter die exceptio doli. Diese Ausnahme lässt aber m. E. einen Schluss auf das pactum zu Lasten dritter nicht zu; ganz abgesehen davon, dass nicht Vertrags-, sondern Reflexwirkungen des Paktums in Frage stehen. Anderseits können wir freilich auch Baron nicht zustimmen, der die Entscheidung der l. 27 pr. de pactis und der l. 93 D. de

[20]) Lindes Zeitschr. N. F. XIX S. 90 N. 214, wo durch Druckfehler „l. 47“ „de receptis“ statt „l. 34“ steht. — Dagegen Baron S. 300 N. 2.

[21]) Verfehlt scheint mir auch die Auslegung von Hayum, der Schiedsvertrag. Diss. Tüb. 1892, S. 55 f.

[22]) Ulpianus l. 2 D. eod. 4, 8.

solut. damit begründet, dass bei der aktiven Korrealität „die Negotiorum gestio undenkbar, eine exceptio doli unfindbar sei“.[28]) Es ist nicht einzusehen, warum der eine Korrealgläubiger nicht die negotia des anderen sollte gerieren können; nur das ist richtig, dass in dem eigenen pactum ein negotiorum gestio für den Mitgläubiger nicht enthalten ist. —

Eine der bestrittensten Fragen des ganzen Korrealitätsrechtes ist die, welche Wirkung dem von einem Korrealgläubiger mit dem Schuldner abgeschlossenen Constitutum zukommt. Davon handelt die l. 10 D. de pec. const. 13, 5 in Verbindung mit den beiden vorhergehenden Stellen:

> l. 8 Paulus libro XXIX ad edictum: Sic vero mihi ant Titio constitueris te soluturum, mihi competit actio: quod si, posteaquam soli mihi te soluturum constituisti, solveris Titio, nihilominus mihi teneberis.
>
> l. 9 Papinianus libro VIII quaestionum: Titius tamen indebiti condictione tenebitur, ut quod ei perperam solutum est, ei qui solvit reddatur.
>
> l. 10 Paulus libro XXIX ad edictum: Idem est et si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum, alteri postea solutum est, quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debebit is, cui constituitur.

Die herrschende Lehre nimmt an, dass Paulus mit dürren Worten dem Konstitut des einen Korrealgläubigers die Wirkung zuschreibt, den anderen Korrealgläubiger seines Forderungsrechtes zu berauben. Hierin liegt an sich keine Schwierigkeit; denn es ist nicht ausgeschlossen, dass ein Rechtsgeschäft dritten Personen gegenüber anders wirkt, als gegen die Kontrahenten. Aber trotzdem entstand durch die ll. 8—10 cit. eine Schwierigkeit, nämlich gegenüber der Keller-Ribbentropschen Korrealitätstheorie. Wenn man alle Gesamtwirkungen von Rechtsakten damit begründete, dass nur eine Obligation vorliege und daher der Rechtsakt auch gegenüber den nicht handelnden Personen ebenso wirken müsse wie gegenüber den handelnden, so war diese Argumentation jedenfalls für das Konstitut ganz unbrauchbar. Weil das Konstitut die konstituierte Obligation unberührt lässt, muss dies auch dem Nichtkonstituenten gegenüber der Fall sein; die ll. 8—10 cit. widersprechen aber dieser notwendigen Folgerung der Einheitstheorie. Savigny sah sich deshalb ge-

[28]) S. 299.

nötigt, die Aufnahme dieser Stelle als ein Versehen der Kompilatoren zu bezeichnen und Paulus die ältere, allgemein verworfene Meinung zu imputieren, dass das Konstitut als Zahlung gelte.[24])

Mit Recht hat Fitting gegen diese Art, die Schwierigkeit zu beseitigen, auf die ll. 19 und 22 D. de pec. const. verwiesen,[25]) aus welchen sich zweifellos ergibt, dass Paulus die ältere Meinung der römischen Juristen nicht teilte; es wäre dies auch, da Paulus einer der jüngeren Klassiker ist, nicht wahrscheinlich. Überdies ist es bedenklich, den Kompilatoren ein solches Versehen zuzumuten,[26]) ganz abgesehen davon, dass die von Savigny angeführten Stellen gar nicht für seine Ansicht sprechen, dass man ehedem das Konstitut der Zahlung gleichgestellt habe.[27]) Anderseits wird man auch Fitting[28]) nicht zustimmen können, wenn er wie schon Girtanner[29]) in den ll. 8—10 einen Beleg für seine Alternativitätstheorie sucht, weil die angebliche Ausschliessung des einen Gläubigers durch das Konstitut des anderen in den Stellen auf die Zahlung, nicht auf Elektion, zurückgeführt wird, wenn wir auch zugeben, dass die Elektion die fragliche Wirkung am besten zu erklären vermöchte.[30])

Ebensowenig vermögen wir Kuntze zuzustimmen, der in dem Konstitut eine prätorische Novation erblickt.[31]) Den von Fitting[32]) dagegen erhobenen Einwänden ist nichts hinzuzufügen, und wenn Bruns[33]) ausführt, dass das Konstitut mitunter als Novation wirken kann, so scheint uns auch damit wenig geholfen. Das von Bruns aufgestellte Prinzip, dass diese novationsähnliche Wirkung immer dann eintritt, wenn das Konstitut eine Veränderung zu gunsten des Gläubigers enthält,[34]) ist in Anwendung auf unseren Fall geradezu ein Zirkelschluss. Denn die Veränderung zu gunsten des Gläubigers wird erst dadurch herbeigeführt, dass

---

[24]) Obl. I S. 168 N. 1.
[25]) S. 132 N. 164.
[26]) Kuntze, Obl. u. Singul. S. 197 f.
[27]) l. 18 § 3; l. 28 de pec. const. 13, 5; l. 15 D. de in rem verso 15, 3.
[28]) S. 180 N. 204.
[29]) Bürgschaft II S. 78 u. 398.
[30]) Windscheid II § 296 N. 6.
[31]) Obl. und Singularsucc. S. 199 f.
[32]) S. 133 N. 165.
[33]) Zeitschr. f. Rechtsgesch. I S. 83.
[34]) a. a. O. S. 81.

dem Konstitut die eigentümliche novationsähnliche Wirkung zukommt.

Deshalb scheint es mir auch keine Verbesserung zu sein, wenn Kuntze neuerdings [35]) seine Theorie dahin abändert, dass das Konstitut eine novationsähnliche Wirkung haben könne; denn wenn er sich auf l. 25 pr. de pec. const. 13, 5 beruft, [36]) so muss bemerkt werden, dass dort eine alternative Obligation vorliegt, welche durch die im Konstitut enthaltene vertragsmässige und daher bindende Wahl zu einer einfachen gemacht wird; ebenso dass die l. 18 § 3 eod. nichts mit der Novation zu thun hat, sondern von der Konsumption der Klagen handelt, und dass namentlich die für das constitutum rei pro re und das Konstitut, nur an den Gläubiger, nicht an den solutionis causa adiectus zu bezahlen, ausgesprochenen Sätze [37]) ihren Grund nicht in der Besonderheit eines solchen Konstituts, sondern in der vermutlichen Absicht der Parteien haben; das Konstitut ist m. a. W. ein „bewegliches Geschäft“, welches den verschiedensten Zwecken dient, aber auch je nach diesen Zwecken verschiedene Wirkungen äussert. Dieser Gesichtspunkt ist aber bei der Korrealität zweifellos ohne Belang. In den genannten Fällen handelt es sich um Modifikationen des Forderungsrechtes, die von vornherein mit der Eigenschaft des einen Vertragsteils als Gläubigers des Konstituenten erklärt sind; die Frage, welche in unserem Fall zu behandeln ist, ob der Gläubiger mit der Wirkung, die anderen Gläubiger auszuschliessen, konstituieren kann, ist eine ganz andere.

Auf anderem Weg sucht Baron [38]) die Schwierigkeit zu beseitigen. Das Konstitut enthält nach ihm das Versprechen, dem Konstituenten und nur ihm zu leisten. Hieraus ergibt sich, dass, solange das Versprechen besteht, der Schuldner nur an den konstituierenden Gläubiger bezahlen darf; die anderen Korrei sind noch Gläubiger, aber nicht mehr zum Zahlungsempfang

---

[35]) Die Obligation im römischen und heutigen Recht 1886 S. 160.

[36]) Papinianus libro VIII quaest: Illud aut illud debuit et constituit alterum: an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est: dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere.

[37]) l. 1 § 5; l. 5 § 1; l. 8 D. de pec. const. Wenn in l. 59 D. de solut. 46, 3 gesagt wird: si debitor constituerit, se mihi soluturum, potest adhuc adiecto solvere, so liegt kein Widerspruch mit l. 8 cit. vor, da in der letzteren Stelle der Nachdruck auf dem „soli mihi“ liegt. Vgl. Bruns a. a. O. S. 82 N. 75; Huschke, Archiv f. d. civ. Prax. 65 S. 241.

[38]) S. 303.

legitimiert. Zum Beweis citiert Baron die l. 5 § 2 de pec. const., wo ein Anschluss an die Fassung des Konstituts im prätorischen Edikt[39]) erörtert wird, dass der Konstituent keineswegs der Schuldner dessen, dem er konstituiert, sein muss: nam et quod tibi debetur, si mihi constituatur, (mihi) debetur. Aber wenn es auch richtig ist, dass hier der Gläubiger, dem konstituiert wird, Gläubiger bleibt, was hat dies mit der Korrealobligation zu thun? Das Konstitut der l. 5 § 2 konnte natürlich nur mit Einwilligung des Gläubigers geschlossen werden; andernfalls würde es zwar nicht unverbindlich sein, aber die Leistung an den Konstituenten würde den früheren Gläubiger seines Forderungsrechtes nicht berauben.[40]) Bei der Korrealobligation dagegen kann eine Einwilligung des Mitgläubigers nicht unterstellt werden; trotzdem soll die Zahlung an denselben unwirksam sein. Und dann: was ist das für ein Gläubiger, an den nicht geleistet werden darf? Von dem der Schuldner kondizieren kann? Der Begriff eines nicht berechtigten Gläubigers müsste erst konstruiert werden; da er uns unverständlich ist, kann er uns zur Beseitigung der Schwierigkeit nicht dienlich scheinen.

Vielmehr nimmt Kappeyne van de Coppello[41]) mit Recht an, dass der Gläubiger, welcher sich konstituieren lässt, sich dadurch, wenn er den Korreus ausschliesst, zum Alleingläubiger macht, wie er dies auch gethan haben würde durch die Litiskontestation.[42])

Im Gegensatz zu diesen Versuchen, die behauptete Wirkung des Konstituts aus inneren Gründen zu rechtfertigen, steht eine Reihe von anderen, welche gewaltsamer vorgehen. Schönemann[43]) macht den Zusammenhang der l. 10 mit der l. 8 geltend und behauptet, die Abrede „soli mihi soluturum esse“ enthalte kein blosses Konstitut mehr, sondern eine Novation, was einesteils

[39]) Vgl. Lenel, edictum S. 196; Bruns a. a. O. S. 50, 88; Kappeyne van de Coppello, über constituta pecunia (Abh. 1891, Deutsch v. Conrat) S. 264.

[40]) Anders Bruns S. 101.

[41]) a. a. O. S. 257.

[42]) Vgl. noch Ryck, Schuldverh. S. 68 u. Waldner S. 172; ferner l. 30 D. de pec. const. 13, 5. Kappeyne S. 258 versteht diese Stelle von mehreren Korrealgläubigern, welchen konstituiert ist. Ich glaube mit Unrecht. Der Fall ist einfach der, dass ein Gläubiger vorhanden war, und dass diesem und einem anderen als solutionis causa adiectus konstituiert wurde. Dass die Zahlung an dem adiectus hier den Schuldner nicht ipso iure befreit, erklärt sich wohl hinreichend daraus, dass die a° de pec. const. in factum konzipiert war.

[43]) Lindes Zeitschr. N.F. Bd. XIX Beilage.

unbewiesen ist, andernteils die unrichtige Lehre von der Gesamtwirkung der Novation voraussetzt. Einen ganz neuen Weg hat Serafini eingeschlagen, welcher behauptet, dass die l. 10 die von der herrschenden Lehre angenommene Bedeutung gar nicht habe.[44]) Man muss nach Serafini die Zahlung in der l. 10 mit dem Konstitut in der l. 8 zusammenstellen, d. h. an die Stelle des Korrealgläubigers, dem in der l. 10 bezahlt ist, muss man den Gläubiger setzen, dem in der l. 8 konstituiert ist. So gelangt Serafini zu dem Satz: die Zahlung der l. 10 hat die gleiche Wirkung wie das Konstitut der l. 8; im ersten Fall hatte der Schuldner, welcher zuerst konstituiert hatte „mihi aut Titio se soluturum" nachher konstituiert „soli mihi se soluturum"; dieses Konstitut hat die Wirkung, dass der Schuldner nicht mehr an den Titius zahlen kann und, wenn er es doch thut, die condictio indebiti erhält. In Parallele dazu steht der zweite Fall: der gemeinsame Schuldner zweier Korrealgläubiger hat einem derselben konstituiert. Wenn er nun an den anderen leistet, so kann er dem ersten, dem er konstituierte, nicht mehr leisten bezw. er hat, wenn er es doch thut, die condictio indebiti. Das Konstitut der l. 8, welches die Zahlung ungültig macht, hat demnach die nämliche Wirkung, wie die Zahlung der l. 10, welche das Konstitut ungültig macht, und man kann daher in beiden Fällen mit Paulus sagen „loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is, cui constituitur", oder mit den Basiliken:[44a]) *ὁ γὰρ ἀντιφωνηθεὶς ἔοικε τῷ καταλαβόντι.*

Es hat nicht an Widerspruch gegen diese Auslegung gefehlt. Windscheid nennt sie gekünstelt und gezwungen,[45]) und Huschke hat versucht, sie eingehend zu widerlegen.[46]) Er legt zunächst dar, dass die erste Voraussetzung der Serafinischen Interpretation nicht zutrifft, nämlich dass in l. 8 von zwei aufeinanderfolgenden Konstituten die Rede sei, von denen eines das andere entkräfte. Die l. 8 setzt nach Huschke eine Stipulation „mihi aut Titio" voraus, wodurch allein die Stelle den notwendigen Zusammenhang mit der vorhergehenden l. 7 § 1 erhält (Ulpianus libro XXVII ad ed.):

Si mihi aut Titio stipuler, Titio constitui suo nomine

---

[44]) Archivio giuridico XVII S. 401 ff., XVIII S. 13 ff.
[44a]) Bas. tom. III S. 136, lib. XXVI, 7, VIII—X.
[45]) Pand. II § 296 N. 2.
[46]) Archiv f. d. civ. Prax. Bd. 65 S. 240 ff.

non posse Julianus ait, quia non habet petitionem, tametsi solvi ei possit.

Paulus setzt nach Huschke eine gleiche Stipulation stillschweigend voraus und behandelt den abweichenden Fall (vero), dass nicht dem Titius, sondern „mihi aut Titio" konstituiert wird. Dann hat der Gläubiger allein die Klage: mihi competit actio. Aber Paulus reiht mit dem „quodsi posteaquam" einen dritten Fall an, immer unter der Voraussetzung, dass die Stipulation „mihi aut Titio" lautete: wenn der Gläubiger sich allein konstituieren lässt, so kann an den adiectus nicht mehr bezahlt werden. Nur auf Grund dieser Annahme ist das „quodsi" unbedenklich. Wenn ferner Paulus in der l. 10 mit dem „idem est" nur seinen Ausspruch in der l. 8, dass das constitutum mihi soli soluturum die Zahlung an den adiectus ungültig mache, rechtfertigen wolle, so hätte er dies irgendwie, mit einem enim oder dergleichen, andeuten müssen. Ferner verrückt Serafini ganz willkürlich die Stelle der Rechtfertigung dieses Ausspruchs, welche Paulus mit quia an den Fall der Korrealität anschliesst, und demgemäss auch auf ihn bezogen haben will, während Serafini das „quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is, cui constituitur", so behandelt, als ob es sich unmittelbar an die l. 8 anreihte. Und endlich ist der von Serafini dem Paulus untergelegte Rechtfertigungsmodus befremdlich und künstlich; es hätte zur Begründung der Entscheidung in l. 8 der Herbeiziehung der Korrealgläubiger gar nicht bedurft.

Wir möchten diesen Ausführungen nur noch eines hinzufügen: dass Serafinis Erklärung den Fehler hat, dem Paulus eine Selbstverständlichkeit zuzumuten. Dass der Schuldner, der an den einen Korrealgläubiger gezahlt hat, an den anderen nicht mehr bezahlen kann, ist zu gewiss, als dass es Paulus hätte zum Gegenstand einer Erörterung machen können.[47])

Eine erhebliche Verbesserung der Serafinischen Interpretation hat Landucci vorgenommen, welcher einerseits mit Serafini im wesentlichen Ergebnis übereinstimmt, anderseits den Ausführungen Huschkes in objektiver Betrachtung Rechnung trägt.[48]) Er unterscheidet wie Huschke, die Stipulation „mihi aut Titio" voraussetzend, die drei Fälle der l. 7 § 1 und der l. 8; das „quodsi"

---

[47]) Gegen Serafini auch De Giovanni, comment. ad ll. 8, 9, 10 de pec. const. Lucae 1877.

[48]) S. 228 ff.

beweist nach Landucci, dass das in der l. 8 an zweiter Stelle genannte Konstitut einen neuen Fall bildet; das posteaquam ist nicht Adverb, sondern Konjunktion und das „idem est“ der l. 10 kann nur auf den zweiten Fall der l. 8, nicht auf den ersten, verweisen. Denn das „quodsi“ drückt einen Gegensatz aus und das „idem“ bezieht sich immer auf das letzte und nächste. Ferner bemerkt Landucci gegen Serafini, dass den Stellen die Konzinnität fehlen würde, wenn man das „idem“ auf die beiden Konstitute der l. 8 beziehen wollte, da man alsdann 5 statt 4 Vergleichungspunkte hätte; das erste Konstitut der l. 8, das zweite Konstitut der l. 8, die Zahlung der l. 8; das Konstitut der l. 10, die Zahlung der l. 10, dass es ferner unnatürlich sei, mit Serafini die Zahlung der l. 8 ausser Betracht zu lassen und dass es der Ausdrucksweise des Paulus nicht entspreche: loco eius, cui iam solutum est, haberi debebit is cui constituitur. Überdies fehle es für eine Vergleichung des Konstituts der l. 8 mit dem der l. 10 an dem tertium comparationis; das erste laute „mihi aut Titio“, das letztere „mihi soli soluturum“.

Nach diesen Einwendungen gegen Serafini vergleicht Landucci, nunmehr seine eigene Interpretation beginnend, die beiden Stellen in folgender Weise: die l. 10 entspricht dem zweiten Fall der l. 8: gegenüberzustellen sind das Konstitut und die Zahlung der l. 8 einerseits und das Konstitut und die Zahlung der l. 10 anderseits. Das Konstitut der l. 8 hebt die Zahlung auf und entspricht der Zahlung der l. 10, welches die Wirkungen des Konstituts aufhebt; die Zahlung der l. 8, ungültig durch das vorhergehende Institut, entspricht dem Konstitut der l. 10, unwirksam durch die nachfolgende Zahlung. Wie nach der Zahlung der l. 8 „nihilominus mihi teneberis“, ebenso nach dem Konstitut der l. 10. Und wie, wenn nach dem Konstitut der l. 8 an Titius bezahlt wird, dem Schuldner gegen den adiectus die condictio indebiti zusteht, so hat, wenn nach der Zahlung der l. 10 der Schuldner wegen der ihm vermeintlich drohenden actio constitutoria an den konstituierenden Gläubiger zahlt, gegen diesen die nämliche condictio indebiti und auf beides bezieht sich die. Begründung des Paulus „quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debebit is, cui constituitur“. Das constitutum debiti proprii gegenüber dem einen Korrealgläubiger gibt also demselben die actio de pecunia constituta, lässt aber das Recht des anderen Korrealgläubigers unberührt; daher ist auch die Zahlung an den letzteren noch möglich; die einzige durch das Konstitut

bewirkte Verminderung besteht darin, dass der eine Gläubiger statt einer zwei Klagen hat. —

Wir haben die Ausführungen Landuccis im vorstehenden fast wörtlich wiedergegeben, weil dieselben neu und jedenfalls bei ihrer scharfsinnigen Begründung nicht kurzweg abzulehnen sind. Man wird nicht bezweifeln dürfen, dass Huschke und Landucci das Verhältnis der l. 8 zu l. 7 de pec. const. richtig angegeben haben, wenigstens im Rahmen der justinianischen Kodifikation. Ferner wird man, da die l. 10 selbst keine ausdrückliche Entscheidung enthält, diese nur im vorhergehenden finden können, und dann wird sie eher in dem „nihilominus mihi teneberis“ des Paulus selbst, als dem „condictione tenebitur“ des Papinian zu suchen sein; denn es wird ohne Bedenken angenommen werden dürfen, dass im Ediktskommentar des Paulus die fr. 8 und 10 zusammengehörten.[49]) Indessen ist dies von untergeordneter Bedeutung, da die l. 9 bei Justinian nichts anderes darstellt als eine Konsequenz der l. 8 „nihilominus mihi teneberis“, so dass dieses immer als der Kern der Ausführungen zu betrachten ist. Knüpft aber an diesen Punkt das „idem“ an, so sagt die l. 10 gerade das Gegenteil von dem, was die herrschende Lehre bisher angenommen hat. Freilich dürfen wir dabei nicht verhehlen, dass die Erklärung Landuccis nur möglich, nicht zwingend ist. Das „nihilominus teneberis“ wird durch das „idem est“ auch dann in die l. 10 hinübergetragen, wenn wir nicht annehmen, dass das Konstitut der l. 10 mit der Zahlung des l. 8, das Konstitut der l. 8 mit der Zahlung der l. 10 verglichen werden sollte. Ist an den nicht konstituierenden Gläubiger geleistet, so trifft das „nihilominus teneberis“ eben in Bezug auf den konstituierenden Korreus zu, und die Begründung „quia loco eius“ etc. passt ebensogut auf diesen Fall wie auf den von Landucci angenommenen.

Anderseits scheinen mir gegen Landuccis Interpretation doch unüberwindliche Bedenken zu bestehen. Landucci trägt in den Thatbestand der l. 10 einen Vorgang hinein, um seine Auslegung zu ermöglichen: eine zweite solutio. M. E. ist das der wunde Punkt seiner Auslegung. Paulus unterscheidet 1. die Begründung der Korrealobligation,[50]) 2. das Konstitut an den einen Korrealgläubiger und 3. die Zahlung an den anderen Korrealgläubiger. Dass die Zahlung der l. 10 dem Konstitut nach-

[49]) Vgl. Lenel, Palingenesia II Paulus No. 438.

[50]) In diesem Fall ist das post als Adverb zu betrachten.

folgt, erkennt auch Landucci an; wie kommt er dann aber dazu, dass „nihilominus teneberis“ noch aufrecht zu erhalten? Wenn an einen der beiden Korrealgläubiger geleistet war, wie soll dann dem anderen noch geschuldet werden? In dem Augenblick, da Landucci erklärt, der Schuldner, welcher wegen der actio constitutoria an den konstituierenden Gläubiger leistet, obwohl er bereits vorher an den Nichtkonstituenten geleistet hatte, habe gegen den ersteren die condictio indebiti, vergisst er, dass die condictio indebiti in der l. 10 nur eine Konsequenz des „nihilominus teneberis“ darstellen soll, von dem natürlich keine Rede sein kann, wenn man den Thatbestand Landuccis der Stelle zu Grunde legt.

Ferner scheint mir der Schlusssatz der Stelle einige Schwierigkeit zu bereiten. Loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is, cui constituitur. Warum sagt Paulus nicht „cui constitutum est“ oder, wenn er das Praesens „constituitur“ gebraucht, warum sagt er dann nicht „cui solvitur“? Warum das Perfektum, und dieses obendrein verstärkt durch das iam? Diese Ausdrucksweise spricht doch wohl für die Annahme, dass der Schlusssatz keine parömistische Begründung bilden soll, sondern an den Thatbestand selbst unmittelbar anknüpft, indem der „cui iam solutum est“ ein anderer ist als der „cui constitutur“. Dann würde auch das immerhin auffallende [51]) post-postea der l. 10 eine Erklärung finden; es wäre möglich, dass post adverb, postea aber aus posteaquam verderbt wäre, oder dass post als Präposition zu solutum alteri zu betrachten wäre. In beiden Fällen würde sich der Sinn ergeben: wenn dem einen Gläubiger konstituiert wird, nachdem an den anderen gezahlt war, so steht die condictio indebiti zu, weil der Gläubiger, dem konstituiert wird, in der nämlichen Lage sich befindet, wie der andere Gläubiger, dem „iam“, in dem schon genannten Fall, geleistet worden ist. [52]) Wir bekennen dabei, dass diese Erklärung an dem nämlichen Fehler leidet, wie Landuccis Interpretation: das „nihilominus teneberis“ trifft hier so wenig zu wie dort. Anderseits kann das „quia loco eius cui iam solutum est haberi debebit is cui constituitur“ auch abgesehen von den sprachlichen Bedenken nicht als allge-

[51]) Vgl. Huschke a. a. O. S. 242 N. 2.

[52]) Für Huschke bedeutet das „iam solutum“ etc. wie für die herrschende Meinung eine allgemeine Begründung: Antecipation der Zahlungswirkung durch das Konstitut, was Huschke zwar nicht ausdrücklich erklärt, aber doch durchblicken lässt, insbes. S. 247 oben.

meine Rechtsregel verstanden werden, weil sie eben beim Konstitut zweifellos nicht zutrifft;[53]) beschränkt man sie aber auf den vorliegenden Fall, so bildet sie eine Tautologie, keine Begründung.

Dennoch glaube ich, dass, wenn wir die Stelle im Rahmen der Kompilation betrachten, nichts übrig bleibt, als sie so zu verstehen, wie sie die herrschende Lehre immer verstanden hat. Damit stimmen auch die Basiliken überein:

> *εἰ δὲ ἀντιφωνήσῃς ἐμοὶ ἢ Πέτρῳ καταβαλεῖν, ἐμοί ἁρμόζει ἡ ἀγωγή. καὶ ἐὰν ὕστερον ἀντιφωνήσῃς ἐμοὶ μόνον καταβαλεῖν, καὶ δῷς Πέτρῳ, οὐδὲν ἧττον ἐνέχῃ μοι.*
>
> *ἔχεις δὲ κατὰ Πέτρου τὴν ἐπι τοῖς μὴ χρεωστουμένοις ἀγωγήν.*
>
> *τὸ αὐτό ἐστιν ἐὰν ἑνὶ τῶν δύο ἐναγωμένων ἐπερωτώντων ἀντίφωνήσας καταβάλλω τῷ ἑτέρῳ. ὁ γὰρ ἀντιφωνηθεὶς ἔοικε τῷ ἀπολαβόντι.*[54])

Dann bleibt uns die Frage offen, wie diese singuläre Wirkung des Konstituts zu begründen ist. Jedenfalls nicht so, wie es Huschke, eingehender als die anderen Schriftsteller, versucht, indem er mit neuen Worten die Keller-Ribbentropsche Unterscheidung vom objektiven Bestand und den subjektiven Beziehungen reproduziert und behauptet, dass nach der „materiell-sachlichen“ Seite eine, nach der „subjektiv-persönlichen“ Seite mehrere Obligationen vorhanden seien, wie er auch die Aufhebungsthatsachen einteilt in solche, welche nach ihrer Natur oder der Parteiabsicht die sachliche Seite der Obligation betreffen und in andere, bei welchen dies nicht der Fall ist, und welche daher, im Gegensatz zu den ersteren, nur die betroffene Person aus dem Obligationsnexus herausnehmen. Man sieht: die alte Kellersche Unterscheidung zwischen den Ereignissen, welche den objektiven Bestand treffen, und solchen, welche nur eine subjektive Beziehung haben, kehrt wieder. Zum Glück wird derselben kein weitgehender Einfluss auf die vorliegende Frage eingeräumt; eine eingehende Untersuchung über die Natur des Konstituts führt zu dem Ergebnis, dass das Konstitutum als beginnende Erfüllung „mittelbar auch einen gewissen Einfluss auf die Hauptobligation selbst äussern muss;[55]) dieser verändernde Einfluss erfolgt dann, wenn es „etwas verändernd feststellt, was von der Obligation

---

[53]) Huschke S. 248 f.

[54]) XXVI, 7, 8—10.

[55]) S. 252, 254 f.

selbst als eine in verschiedener Weise zulässige Erfüllungsart bestimmt ist", was nur bei Obligationen mit alternativer Erfüllung eintritt, mag die Alternativität die Objekte oder die Subjekte der Erfüllung betreffen. M. a. W.: das Konstitut als anfangende Erfüllung vernichtet die Korrealität, weil auch die solutio als vollendete Erfüllung diese Wirkung hat.

M. E. ist mit diesen Ausführungen, so richtig sie sind in Bezug auf die Natur des Konstituts, nicht viel gewonnen. Das Konstitut stellt die Erfüllungsmodi fest; aber es ist doch, wie die Betrachtung des regelmässigen Falles lehrt, nicht selbst Erfüllung. Wenn der Gläubiger mit der Leistungsannahme dem Mitgläubiger zuvorkommen kann, warum kommt er ihm auch mit dem Konstitut zuvor? Lässt doch das Konstitut die Obligation ganz unberührt, besteht doch gar kein Grund, dem Konstitut um seiner selbst willen diese merkwürdige Wirkung zuzuschreiben! Darüber hilft uns auch Waldner nicht hinweg,[56]) wenn er in dem Konstitut das Versprechen sieht, nur diesem und keinem anderen Gläubiger zu leisten; die Frage ist eben, was diesem Versprechen die zerstörende Wirkung beilegt. Unseres Erachtens kann die Antwort nicht aus der Natur des Konstituts, sondern der Korrealität geschöpft werden, weshalb wir im folgenden Paragraphen auf die vorliegende Frage zurückkommen werden. —

Dass der Vergleich des Schuldners mit einem seiner Korrealgläubiger auch auf die andere Korrei wirken müsse, wird von den meisten Schriftstellern behauptet,[57]) obwohl die Quellen hierüber hinsichtlich der aktiven Korrealität ebenso schweigen wie bezüglich der passiven. Wir glauben wegen dieses Mangels an positiven Zeugnissen diese Frage im Gegensatz zu der herrschenden Lehre verneinen zu sollen.

Nach Justinians Konstitution[58]) wirkt ferner die Unterbrechung der Verjährung seitens eines Korrealgläubigers zu gunsten der anderen.

Der wichtigste Rechtssatz der aktiven Korrealität ist, dass durch die Litiskontestation mit dem einen Gläubiger die anderen ihre Forderung verlieren.[59]) Man hat von jeher die Frage behandelt,

---

[56]) S. 172 f.

[57]) Savigny I S. 179; Risch, Vergleich S. 195 f.; Windscheid II § 295 N. 5a; Brinz, Pand. II S. 166 N. 27 u. a.

[58]) l. 5 C. h. t. 8, 39.

[59]) l. 2 D. h. t. 45, 2; l. 16 eod.; l. 5 i. f. D. de fid. 46, 1; l. 31 § 1 D.

ob dieser Satz noch im justinianischen Recht Geltung habe, oder durch die l. 28 C. de fideiuss. 8, 40 aufgehoben sei.[60]) M. E. muss dieselbe mit der Mehrzahl der Schriftsteller im Sinne der ersteren Alternative beantwortet werden. Die Stellen, welche von der Wirkung der Litiskontestation auf die aktive Korrealobligation handeln, sind ausnahmslos unverändert geblieben; ein Beweis dafür, dass die Kompilatoren keinen Grund hatten, hier interpolierend einzugreifen. Am deutlichsten zeigt sich dies in der l. 2 D. h. t. 45, 2, wo das „petitione“, welches auf die Litiskontestationswirkung verweist, trotzdem es sich bei Javolenus ebenso auf die passive, wie auf die aktive Korrealität bezog, stehen geblieben ist; die Kompilatoren haben übersehen, dass in dieser Stelle neben der aktiven Korrealität auch von der passiven die Rede ist.[61]) Auch die l. 28 C. de fideiuss. selbst spricht nur von Bürgen und Korrealschuldnern, ohne die Korrealgläubiger mit einer Silbe zu erwähnen.[62])

Ausser diesen schon an sich zwingenden Gründen kommt noch ein praktisches Moment in Betracht: die aktive Solidarität bedarf einerseits der Durchführung des „Solutionsprinzips“ nicht; anderseits ist sie nicht wohl anders denkbar denn als Korrealität. Nehmen wir an, dass die Litiskontestation keine Wirkung auf das Korrealverhältnis äussern würde: Jeder Gläubiger könnte dann unabhängig vom anderen Klage erheben und Urteil erlangen. Würde freilich während des ersten Prozesses der Schuldner an den zweiten Gläubiger bezahlt haben, so würde in der klassischen Zeit der Grundsatz „omnia iudicia absolutoria esse“ wohl zur Abweisung des ersten Gläubigers geführt haben. Man wird darin eine Unbilligkeit gegen den Kläger finden müssen; anderseits würde die Korrealität vor der Durchführung des genannten Grundsatzes i m m e r, und auch noch im klassischen

---

de nov. 46, 2; l. 28 C. de fid. 8, 40; l. 5 § 15; l. 6 D. commodati 13, 6. Die l. 57 § 1 D. de solut. 46, 3, die Samhaber S. 138 noch anführt, handelt nur vom solutionis causa adiectus.

[60]) Fritz XIX §§ 22—25; Fitting S. 239 ff.; Samhaber S. 95 f., 131 ff.; Windscheid kr. Vierteljahrsschr. III S. 172 f.; Arndts § 271 N. 4; E. A. Seuffert in Seuff. Pand. § 295 N. 6a; Baron S. 363 f.; Vangerow III S. 92; Ryck S. 69; Unger S. 256 f.; Hölder S. 17 f.; Waldner S. 103 ff., 179 ff.; Dernburg II § 74 N. 1.

[61]) Ebenso in der l. 5 D. de fid. 46, 1.

[62]) Fitting S. 239, was Samhaber S. 138 mit Unrecht nicht gelten lassen will.

Prozess dann zu einer doppelten Leistung seitens des Schuldners geführt haben, wenn er es zu einem doppelten Urteil kommen liess. Diese Gefahr wurde durch die Durchführung der elektiven Klagebefugnis vermieden; ihr musste auch im nachklassischen und im justinianischen Recht vorgebeugt werden. Allerdings würde dazu auch die Gewährung der exceptio litis pendentis genügt haben; allein es ist sehr fraglich, ob diese bei Korrealobligationen dem Schuldner gegen die Klage von seiten eines weiteren Gläubigers gewährt wurde.[63]) Die Quellen schweigen darüber; sehr begreiflicherweise, wenn der Schuldner durch die Litiskontestation schon ipso iure befreit war.

Hat aber aus diesen Gründen die Litiskontestation auch noch im justinianischen Recht ihre Gesamtwirkung, so kann auch keine Rede davon sein, dass das Urteil, welches im Prozess mit dem einen Korrealgläubiger ergeht, irgend einen materiellen Einfluss auf das Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem anderen Gläubiger äussere. Diese Konsequenz versäumt Windscheid[64]) zu ziehen; nach ihm wirkt „das abweisende Urteil gegen alle Gläubiger", obwohl er anerkennt, dass die Klageerhebung die übrigen Gläubiger ausschliesst.[65]) M. E. sind diese beiden Sätze mit einander nicht vereinbar. Wenn überhaupt die Befreiung des Schuldners von den übrigen Gläubigern durch die Litiskontestation mit dem Kläger auf dem Wege der Prozesskonsumption, sei es ipso iure oder durch die exc. rei in iud. deductae, erfolgte, dann ist Inhalt und Dasein des Urteils gegenüber diesen anderen Gläubigern belanglos, es müsste denn die exceptio rei iudicatae eine durch weitere Konsumption umgeschaffene exceptio rei in iud. deductae sein. So wenig wie mit der passiven Korrealität ist auch die positive Funktion der exceptio rei iudicatae mit der aktiven Korrealität vereinbar. Freilich

---

[63]) Bejaht von Bethmann-Hollweg, röm. Civilprozess III S. 259 ohne Angabe von Belegen. Die Begründung „weil die Klage für und gegen die Solidargläubiger und Schuldner in iudicium deduziert sei", scheint mir nicht brauchbar, da erstens fraglich ist, ob die exceptio litis pendentis die exc. rei in iud. ded. in jeder Beziehung ersetzt hat, und zweitens gerade, ob diese solidarische Deduktion im justinianischen Recht noch stattfand. — Über die exc. litis pend. vgl. im allgem.: l. 30; l. 34 D. de iud. 5, 1; l. 4 C. de iurisdict. 3, 13; l. 4 C. de in ius voc. 2, 2; l. 12 § 1 C. de iud. 3, 1; l. 1 § 3 C. de adsertione toll. 7, 17; Buchka, Einfluss des Prozesses I S. 25 f.

[64]) § 295 zu N. 8.

[65]) § 296 zu N. 1.

will Windscheid [66]) und nach ihm Hartmann [67]) unterscheiden, ob das Urteil über eine „persönliche Beziehung, oder über die Obligation selbst“ ergangen ist; allein wir halten es auch bei der aktiven Korrealität für ausgeschlossen, dass das Urteil über die „subjektive Beziehung“ der Partei hinaus erlassen werde und beschränken uns darauf, in dieser Beziehung auf das im III. Kapitel Gesagte zu verweisen. [68]) Ebensowenig wie Windscheid und Eisele kann aber anderseits Dernburg zugestimmt werden, wenn er ausführt, [69]) dass, wenn der eine Korrealgläubiger abgewiesen wird, der andere nunmehr sein Forderungsrecht geltend machen könne. Dernburg selbst erkennt an, dass die Litiskontestation auch im justinianischen und im heutigen Recht den ganzen Anspruch konsumierte; folglich muss die successive Klage, was Dernburg verkennt, ausgeschlossen sein. Auch vermögen wir die praktische Begründung Dernburgs „sonst könnte der Schuldner beide Gläubiger in Schach halten, indem er erklärte, demjenigen, der nicht klage, zu zahlen“ nicht anzunehmen. Denn der Schuldner befreit sich nicht dadurch von dem einen Gläubiger, dass er dem anderen offeriert, sondern erst durch die Leistung an den anderen. [70]) Mit dieser ratio ist denn auch die Folgerung hinfällig, die Dernburg für den Fall der Abweisung des einen Gläubigers „cessante ratione“ zieht. Hat der Schuldner den Gläubiger einmal verloren, so kann er ihm doch unmöglich durch das den anderen Gläubiger abweisende Urteil wieder verpflichtet werden. Das hiesse die Wirkung der Litiskontestation suspendieren, während die Quellen gerade sagen: non quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse, ita iudicium in pendenti potest esse. [71])

Fragen wir danach, wie die Quellen die Wirkung der Litiskontestation begründen, so können wir auf die Stellen verweisen.

---

[66]) § 295 N. 7.

[67]) Archiv f. d. civ. Praxis 50 S. 133 ff.

[68]) Oben § 16 S. 257 f.

[69]) Pand. II § 74 N. 1.

[70]) Das korreale Verhältnis ist nicht so angelegt, wie die alternative Obligation, so dass der Schuldner wählen könnte, an wen er zahlen will, wenn auch die Zahlung, die er einem seiner Korrei anbietet und leistet, natürlich gültig ist und den Leistenden auch von dem anderen Korreus befreit. Der von Dernburg angeführte Grund würde auch dazu führen, dass der Schuldner nicht nur die Zahlung selbst, sondern auch die Litiskontestation hintertreiben könnte, also, wenn überhaupt etwas, zuviel beweisen.

[71]) l. 35 D. de iudiciis 5, 1.

die wir schon oben [72]) besprochen haben. Auch bei der aktiven Korrealität ist der entscheidende Gesichtspunkt der der eadem res und der Prozesskonsumption, „quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur". —

Über den Schiedseid sagt Paulus in l. 28 pr. D. de iureiur: In duobus reis stipulandi ab altero delatum iusiurandum etiam alteri nocebit. Man hat auch diesen Satz für die Einheit der Korrealobligationen verwertet; ebensowenig, wie bei der passiven Korrealität, ist er bei der aktiven auf diese Einheit zurückzuführen. Wir glauben zwar nicht, dass der von Mitteis vorgelegte praktische Gesichtspunkt des Bestrebens, widersprechende Eide zu verhindern, [73]) dabei eine Rolle gespielt hat, da der Eid den Römern Disposition, nicht Beweis war, so sehr wir demselben de lege ferenda Bedeutung beimessen möchten. [74]) Als Mittel der Parteidisposition aber ersetzte der Eid die Litiskontestation, und deshalb möchten wir annehmen, dass, wie bei der passiven Korrealität, so auch hier, der Eid in negativer oder zerstörlicher Beziehung Gesamtwirkung hat, in positiver Richtung dagegen, insofern er nämlich die actio in factum erzeugt, der Gesamtwirkung entbehrt. Einen direkten Beweis für diese letztere Annahme geben die Quellen, welche von der Regel, dass die a° in factum nur unter den Prozessparteien begründet ist, keine Ausnahme für die Korrealobligation machen; [75]) einen mittelbaren Beleg für die erstere Annahme erblicke ich in den Stellen, welche durch die Eidesleistung die ursprüngliche Klage unter den nämlichen Parteien untergehen lassen. [76])

Man behauptet auch, dass der Schuldner gegen die von dem einen Korrealgläubiger geltend gemachte Forderung eine Gegenforderung aufnehmen dürfe, welche ihm gegen den anderen Korrealgläubiger zusteht. [77]) Freilich kann man dies nur mit

---

[72]) Kap. IV § 20.

[73]) Individualisierung der Obligation S. 90.

[74]) Da unsere C.P.O. den Parteieid als Beweismittel betrachtet, hat sie mit Fug und Recht in Bezug auf die Streitgenossenschaft den Gesichtspunkt der freien Beweiswürdigung entscheiden lassen, was wohl auch für die Korrealobligation in Betracht kommt.

[75]) Vgl. l. 7; l. 8; l. 9 § 6 D. eod. 12, 2.

[76]) l. 28 § 2; l. 9 § 3 D. eod. 12, 2; Bethmann-Hollweg II S. 580 N. 51.

[77]) Eisele, Kompensation S. 304; Dernburg, Kompensation S. 463 f.; Waldner S. 177; Windscheid II § 350 N. 20; Unterholzner I S. 556 f.; dagegen Vange-

der Analogie der l. 10 D. h. t. 45, 2 begründen,[78]) und diese Analogie scheint mir unbegründet zu sein. Wenn in der genannten Stelle Papinian bei der passiven Korrealität, falls die Korrei Gesellschafter sind, die Kompensation zulässt, so liegt der Grund, wie wir gesehen haben, nicht darin, dass die Leistung ja doch auf den Mitschuldner zurückfallen würde, sondern darin, dass der letztere, der seine Forderung gegen den gemeinsamen Gläubiger verloren hat, dafür auch von seiner Schuld ihm gegenüber befreit ist und obendrein verhältnismässigen Ersatz mit der a° pro socio nehmen kann. Deshalb ist es auch nicht richtig, die Aufrechnung nur in dem Betrage zu gestatten, bis zu welchem die a° pro socio reicht, da letztere nicht sowohl die Voraussetzung, als vielmehr die Folge der erfolgten Aufrechnung ist. Es fragt sich, ob diese ratio auch auf die Korrealgläubiger Anwendung finden kann.

Wir gehen bei Beantwortung dieser Frage davon aus, dass die Korrealobligation auf aktiver Seite etwas ganz anderes ist, als auf passiver Seite. Alle Handlungen, die der correus debendi vornimmt, können seinem Mitschuldner nur nützen: Zahlung, Acceptilation, Delegation, Litiskontestation u. s. w. Die Handlungen des Korreal**gläubigers** dagegen bedeuten eine Benachteiligung seines Mitgläubigers, da sie denselben ausschliessen, seines Forderungsrechts berauben. Die solutio solidi ist also bei der passiven Korrealität Begünstigung, bei der aktiven Benachteiligung des Korreus, der die Zahlung nicht leistet oder empfängt. Diese Verschiedenheit äussert sich auch in Bezug auf die Kompensation. Während nämlich bei der passiven Korrealobligation die Kompensation mit der Forderung des Mitschuldners nur die nämliche Wirkung hat, als ob dieser selbst belangt worden wäre, hat die Kompensation mit der Forderung gegen den Mitgläubiger bei der aktiven Korrealität eine weit härtere Wirkung, da der Gläubiger, welcher der Schuldner des reus debendi ist, durch die Kompensation einen Vorteil erhält, den nämlich, von seiner Schuld befreit zu sein, ohne eine Leistung zu machen, während der Gläubiger, dem aufgerechnet wird, seine Forderung verliert, ohne etwas dafür zu erhalten. Damit widerlegt sich von selbst die exorbitante Meinung Unterholzners, dass auch ohne das Bestehen eines Sozietätsverhältnisses zwischen den Korrealgläubigern

---

row III § 575 N. 5 I, 1; Savigny, Oblig. I S. 169; Krug, Kompensation S. 163; Hartter S. 56 u. a.

[78]) Vgl. oben § 14 S. 234.

dem einen Gläubiger mit der Forderung gegen den anderen aufgerechnet werden könne; sein Grund: weil der Schuldner die Wahl habe, an den einen oder den anderen Korreus zu zahlen, müsse er auch gegen den einen oder den anderen aufrechnen können, ist blosser Schein. Denn wenn auch äusserlich die Wirkung ganz die gleiche ist, wie wenn mit dem Gläubigerschuldner kompensiert worden wäre, so besteht doch in Wahrheit zwischen beiden Fällen ein grosser Unterschied. Sind die correi nicht socii, so stehen sie in einem gegensätzlichen Verhältnis: der Schuldner muss an den leisten, welcher die Zahlung begehrt und diese Anforderung erfolgt, wie die Empfangnahme der Leistung, im ausschliesslich eigenen Interesse des Anfordernden. Durch den Zahlungsempfang erhält der Empfänger den Wert seiner Forderung, während sein Mitgläubiger ihn verliert; durch die Kompensation mit der Forderung gegen den Mitgläubiger würde dieser den Wert der Forderung erhalten, während jener, obwohl er alles that, um sich seine Forderung zu sichern, sie ersatzlos verlieren würde.

Es fragt sich nur, ob die Sozietät diesen Gesichtspunkt beseitigt. Und allerdings schafft sie ein Innenverhältnis, welches den starren Gegensatz der Interessen, den die Gestaltung der Korrealität an sich bedingt, einigermassen aufhebt: Ob einer oder der andere die Zahlung erlangt, ist gleichgültig, da sie der Gesellschaft ja doch zu gute kommt.

Insofern ist es allerdings richtig, dass Leistung an den einen mittelbar Leistung an den anderen ist.[79]) Denn die a° pro socio bewirkt die Aufhebung der Benachteiligung, welche in der Kompensation gegen Mitschuldner liegen würde. Der correus debitor erhält nichts, da seine Forderung wie seine Schuld erlöschen, und die actio pro socio den von ihm gemachten Gewinn dem Mitgläubiger mitteilt. Insofern ist die Analogie der passiven Korrealität wenigstens praktisch nicht sehr bedenklich. Aber auch hier liegt dann der Grund der Kompensationsbefugnis nicht in der Korrealität, sondern in der Sozietät, und man wird sie deshalb auch dann noch gewähren müssen, wenn von Korrealität nicht mehr die Rede ist, d. h. wenn durch die Litiskontestation mit dem einen Gläubiger der andere sein Forderungsrecht verloren hat. Die actio pro socio ist auch hier Ausgleichungsmittel. —

An letzter Stelle behandeln wir die Frage, ob unter den

---

[79]) Windscheid a. a. O.

Korrealgläubigern eine Regressklage besteht. Man hat dieselbe nicht allgemein erörtert, sich vielmehr mit der Bemerkung begnügt, dass das nämliche, wie für die passive, auch für die aktive Korrealität gelten müsse,[80]) und infolgedessen die Frage meist verneint. Man wird sich dieser herrschenden Lehre anschliessen müssen. Waldner freilich glaubt den Regress aus seinem Korrealitätsbegriff ableiten zu dürfen;[81]) mit Unrecht, da derselbe, wie wir im folgenden Paragraph zeigen werden, unrichtig ist. Für die Beantwortung unserer Frage hat es darauf allein anzukommen, dass die Annahme eines Regressrechts ein Mittel der Geltendmachung erfordert und dass dasselbe nicht nachgewiesen werden kann, da die Korrealstipulation ebenso einseitige Berechtigungen schafft, wie die Korrealpromission einseitige Verpflichtungen.[82]) Selbst Savigny, der dem Korrealschuldner den Regress ohne Einschränkung gewährt, sieht sich zu der Bemerkung veranlasst, dass von erzwingbarer oder fingierter Cession hier keine Rede sein könne und daher auch eine actio utilis gegen den Gläubiger nicht möglich sei.[83]) Diese Bemerkung setzt voraus, dass keine direkte Klage unter den Mitgläubigern besteht. Die römische Stipulationskorrealität hat eben nur ein Gesicht, welches sie allein dem Gegner zuwendet. Daher muss ausser dem Korrealverhältnis noch ein anderes Verhältnis bestehen, damit eine Regressklage entstehe, denn selbst wenn man den Regress aus dem Korrealitätsbegriff ableiten wollte, würde mit der Korrealität auch ihre Folge untergehen. So kann unsere Frage nur dahin beantwortet werden, dass die Korrealität gegen die Regressfrage indifferent ist,[84]) oder richtiger, dass weder die aktive noch die passive Korrealität einen Regress begründet. Denn wenn im einzelnen Fall der Regress begründet ist, so ist sein Grund doch nicht die Korrealität, sondern das Mandats- oder Sozietätsverhältnis, in welchem die Korrei zu einander stehen; dieses allein bildet für die Verteilung der Aktiva und Passiva unter die Korrei den Nenner, so dass auch beim Vorhandensein eines solchen Verhältnisses kein Regress stattfindet, wenn die Leistung an den einen Gläubiger nicht Ausgleichung fordert, sondern selbst Ausgleichung bewirkt hat.

---

[80]) Samhaber § 20 und dort Citierte.

[81]) S. 184 ff.

[82]) Was natürlich nicht ausschliesst, dass der Regress de lege ferenda möglich oder sogar wünschenswert sei.

[83]) Oblig. I S. 264 f.

[84]) Samhaber S. 199.

Windscheid will den Regress auch dann gewähren, wenn das Äquivalent für die erworbene Forderung von allen Gläubigern beschafft worden war.[85]) An sich ist diese Annahme mit der vorstehend geäusserten Ansicht wohl verträglich; ob sie aber begründet ist, will mir zweifelhaft erscheinen. Die Zulässigkeit der condictio sine causa, die allein hier als Regressklage in Betracht kommen kann, setzt voraus, dass 1) eine Bereicherung vorhanden ist und dass 2) diese Bereicherung ungerechtfertigt ist. Wir zwar hielten es für richtiger, von ungerechtfertigtem Erwerb oder von Bereicherung schlechthin zu sprechen,[86]) da wir, sobald ein Erwerb nicht grundlos ist, auch wenn die causa lucrativ ist, nicht von Bereicherung sprechen können. Denn der Begriff der Bereicherung beruht auf der Vergleichung dessen, was einer hat, mit dem, was er haben soll. Wendet man diesen Gesichtspunkt auf die aktive Korrealität an, so liegt keine Bereicherung vor, weil der Korreus nur erhalten hat, was er zu fordern hatte; der Erwerb ist nicht grundlos, weil der Korreus unabhängig von seinem Mitgläubiger das Ganze zu fordern berechtigt war; dass er nur einen Teil des Äquivalents gegeben, kann an dieser Sachlage nichts ändern. Ebensowenig kann die actio negotiorum gestorum hier Ausgleich bewirken.[87])

§ 24.

Begriff der aktiven Korrealität.

Wenn wir von dem Satz ausgehen, dass jeder Korrealgläubiger die ganze Leistung fordern kann und dass durch dieselbe der Schuldner der sämtlichen Korrealgläubiger ledig wird, so gibt uns derselbe Veranlassung, wie bei der passiven Korrealität zu fragen, warum 1) solidum geschuldet wird, d. h. keine Teilobligation eintritt, und 2) keine Multiplikation erfolgt. Beide Fragen beantworten sich — soweit es einer Antwort nach unseren Ausführungen im ersten Kapitel bedarf — aus den Quellen. Die l. 11 § 1 D. h. t. 45, 2 schliesst die Teilhaftung aus, wenn und weil die Parteien die Solidarhaftung wollen und erklären. Und den Ausschluss der Multiplikation macht das pr. J. h. t. 3, 16

---

[85]) Pand. II § 294 N. 3 mit § 422 N. 4.
[86]) Vgl. hierher Brinz Pand. II S. 504.
[87]) Vgl. Kohler Iherings Jahrb. XXV S. 118 ff.

nur scheinbar abhängig von der Beobachtung einer Formalität. Dies ist vielmehr nur in soweit richtig, als die Form der sachliche Ausdruck für die Intention der Parteien ist.

Denn dass die mehreren Gläubiger sich die nämliche Sache versprechen lassen, genügt ebensowenig zur Hervorbringung aktiver, wie passiver Solidarität; es ist vielmehr dazu erforderlich, dass auch die Einmaligkeit der Leistung trotz der Mehrheit der Gläubiger gewollt sei und diese kann hier, bei Mehrheit der Gläubiger, nur dadurch zum Ausdruck kommen, dass sämtliche Gläubiger diesen Willen erklären. Der Schuldner soll nur einmal leisten; aber jeder von mehreren Gläubigern kann die Leistung verlangen. Trotz der Verschiedenheit der Gläubiger, welche an sich zur Multiplikation der Leistung führen müsste, da die Person des Gläubigers ein wichtiges Individualisierungsmerkmal für die Leistung bildet, ist doch die Leistung an einen unter ihnen alles, wozu der Schuldner verpflichtet ist; m. a. W.: es fehlt dieser Obligation ebenso wie der passiven Solidarität ein Individualisierungsmoment; trotz der Verschiedenheit der Gläubiger ist die Leistung identisch. Korrealität, oder wenn man will, Solidarität, ist auch hier Identität der Leistung, welche auf den identifizierenden Willen der Parteien, der Gläubiger und des Schuldners, zurückzuführen ist.

Die Bedeutung des Parteiwillens für die Korrealität ist niemals verkannt worden. Schon der erste Gegner Ribbentrops, Rückert, hat den Versuch gemacht, das allgemeine Prinzip der Korrealität in den Parteiwillen zu verlegen,[1]) und Puchta sieht in ihm den Grund der Obligationeneinheit.[2]) Eine nähere Begründung ist freilich zu vermissen; die Zurückführung der Einheit auf den Parteiwillen scheint uns auch eine blosse Fiktion zu sein. Warum der Parteiwille eine andere Art von Solidarität hervorbringen müsse als das Gesetz, hat noch niemand darzulegen vermocht. Es ist deshalb nicht die schlechtere Fassung, wie Brinz meint,[3]) sondern die bessere, oder richtiger: ein korrekter Gedanke, wenn Puchta an anderer Stelle die Solidarität der Korrealobligationen in dem konstituierenden Willen der Parteien ihren Grund haben lässt.[4]) In der That ist dies die einzig mögliche, weil allein der Wirklichkeit entsprechende Vorstellung.

[1]) Lindes Zeitschrift N.F. XII S. 16 ff.
[2]) Lehrbuch der Pandekten § 233.
[3]) Krit. Bl. IV S. 7.
[4]) a. a. O. § 234 Z. 1.

Die Parteien wollen nichts anderes als Solidarität; wenn es wahr ist, dass sie eine andere, minder vollkommene Solidarität erzielen, so muss der Grund dieser Erscheinung ausserhalb des Parteiwillens liegen. Wenn man mir den Beweis dieser Behauptung aufnötigt, so verweise ich auf die alltägliche menschliche Erfahrung, welche es als Ungeheuerlichkeit erscheinen lässt, dass Parteien, welche ein plus erhalten können, sich ohne jeden ersichtlichen praktischen Grund mit einem minus begnügen. Die Einheit der Korrealität bedürfte eines anderen Beweises. Führt die Identität der Leistung zur Einmaligkeit derselben, so vermag ich nicht zu erkennen, worin der Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität, auch bei der Gläubigermehrheit, beruhen soll.

Über diesen Punkt ist auch Brinz nicht hinausgekommen. Die Frage richtig gestellt zu haben, ist sein grosses, aber auch sein ganzes Verdienst; die Antwort auf seine Frage hat er nicht gefunden. Konstruktive Lösungen praktischer Probleme sind wertlos. Seine Antwort auf seine Frage: „warum Korrealität, warum nicht lieber Solidarität?": „weil materiell nur eine Obligation da, die Mehrheit der Obligationen nur Form ist",[5]) ist nur eine Konstruktion, keine praktische Begründung. Sie führt auch in Wirklichkeit nicht zur Korrealität, sondern zur Solidarität; denn was ist diese materielle Einheit anderes, als die Identität der Obligationen, wie wir sie oben entwickelt haben. Das ergibt sich daraus, dass für Brinz die Einheit „das Natürliche", die Mehrheit der Personen „das Künstliche ist",[6]) und es will uns deshalb ein erheblicher Fortschritt auf dem Wege realer Erkenntnis dünken, dass Brinz in neuester Zeit zur Annahme der „Einheit" auch bei der blossen Solidarität gelangt ist,[7]) wie denn in dieser Darstellung unsere Solidaritätslehre fast vollkommen zum Durchbruch gelangt. Aber dennoch bleibt Brinz an der Ribbentropschen Unterscheidung hangen: die Korrealität ist ihm nicht nur Solidarität mit Unität, sondern ein Mehreres. Erst von diesem Moment an trennen sich unsere Wege. Zwar steckt in seiner Vertretungstheorie ein Körnlein Wahrheit, insofern die Vertragskorrealität in der That darauf zurückzuführen ist, dass der Schuldner zum Teil im fremdem Interesse eine eigene Verbindlichkeit eingeht. Aber ist einmal die Korrealität begründet, so gilt es nicht mehr, das fremde Interesse, sondern die eigene

---

[5]) Krit. Bl. IV S. 19.

[6]) eod. S. 27.

[7]) Pand. II § 235 Z. 4 S. 79 ff.

Verbindlichkeit zu vertreten, und wie das „Füreinanderhandeln“ deshalb uns unbehilflich scheint, weil es Fiktion ist, so muss es für den Korrealitätsbegriff auch deshalb belanglos sein, weil es rechtlich wertlos ist. Mag immer eine der Parteien die Vorstellung haben, die andere pro parte zu vertreten; es ergibt sich keine juristische Konsequenz daraus. Denn nicht deshalb wird die Teilhaftung ausgeschlossen, weil der Promittent erklärt, auch für den Teil seines Genossen haften, diesen vertreten zu wollen, sondern weil die Genossen erklären, trotz ihrer Mehrheit solidarisch haften zu wollen.[8]) Und ebenso im Fall der Gläubigermehrheit, wo keiner für seinen Mitgläubiger auftritt, sondern jeder, wenn auch in Übereinstimmung mit dem anderen, für sich im eigenen Namen und in solidum handelt.

Die Brinzsche Theorie leidet dann auch gerade an der Hauptfrage, an der Begründung der Litiskontestationswirkung, Schiffbruch. Für Brinz ist die Identität der Personen notwendige, begriffliche Voraussetzung der eadem res; seine Vertretungstheorie soll diese Identität vermitteln. Aber durch die Vertretung werden die mehreren Personen keineswegs zu einer Person: Identität der res trotz Verschiedenheit der Personen ist das Wesen der Korrealität, nicht Identität der Person trotz Mehrheit der Subjekte. Auch ist der Nachweis, dass, wenn ein Korreus „totam rem in iudicium deduziert“, dies defendendi causa geschieht, von Brinz keineswegs erbracht: Weder in der Absicht, noch in der Wirkung liegt Defension vor, weil der Beklagte oder der Kläger nur seine Person vertritt und nur die negativen, nicht die positiven Wirkungen der Litiskontestation in der Person seines Mitschuldners oder Mitgläubigers eintreten.[9]) Es ist deshalb daran festzuhalten, dass es sich nicht um Konstruktion der eadem per-

[8]) Brinz, Pand. II § 253 N. 36 beruft sich auf l. 13 C. 4, 65 u. l. 34 pr. D. de rec. 4, 8. Allein mit dem „meo nomine“ der letzteren Stelle soll, wie schon oben gezeigt wurde, etwas ganz anderes gesagt werden, als dass der c o r r e u s alieno nomine handle. Denn nicht der Korreus, sondern der socius handelt. Das bildet geradezu ein Argument g e g e n Brinz. Was die Kodexstelle betrifft, so springt in die Augen, dass das „alieno nomine conveniri“ nur für den Fall der geteilten Haftung gesagt sein soll, wenn nämlich der Mitschuldner trotz der Teilhaftung auf das Ganze belangt werden sollte. Im Fall der Solidarhaftung sehen wir dagegen diesen Ausdruck vermieden, und an seiner Stelle den anderen „conveniri quem velit“ gebraucht; mit gutem Vorbedacht, weil hier eben infolge der Korrealhaftung nicht von einem „alieno nomine conveniri“ die Rede sein kann.

[9]) Vgl. Keller, röm. Civilpr. § 53 Z. 1, 2.

sona, sondern der eadem res trotz der mehreren personae handelt, und diese kann nur darin beruhen, dass eine Leistungspflicht, die an sich nur mit sich selbst identisch sein kann, — daher das regelmässige Erfordernis der Personenidentität — ausnahmsweise mit einer anderen Leistung identisch ist, so dass, infolge einer Besonderheit, auf die Personenidentität nichts ankommt.

Ebensowenig stimmen wir mit Brinz überein, wenn er das unterscheidende Merkmal zwischen Korrealität und Solidarität darin erblickt, dass die Mehrheit der Personen bei der ersteren etwas Wesentliches, bei der letzteren etwas Zufälliges sei.[10]) Es ist richtig, dass, wenn von mehreren Kommodataren einer den geliehenen Wagen zu Grunde richtet, er allein und ganz haftet;[11]) aber nicht richtig ist, dass dies eine Solidarhaftung in unserem Sinn sei. Vielmehr ist dieser Fall das Ende der Solidarität: Für die Restitution haben alle Kommodatare solidarisch gehaftet; durch die Schuld des einen sind die anderen befreit worden, ist seine eigene Verpflichtung perpetuiert; aus der Solidarhaftung ist eine Alleinhaftung geworden. Und es ist auch nicht richtig, dass die Verpflichtung des einen „genau dieselbe wäre, wenn er allein entlehnt hätte";[12]) ein Kommodatar wird nur dann befreit, wenn er selbst oder für ihn ein anderer, animo intercedendi, leistet; mehrere Kommodatare werden befreit, wenn nur einer von ihnen leistet, und zwar, um nur seine Schuld zu tilgen. Die Sache liegt also hier genau so wie im Fall der Korrealität. Und auch der Grund der „Einheit der Erfüllung", wie Brinz sich ausdrückt, ist in beiden Fällen der nämliche: Die Identität des Gegenstandes.

Ebensowenig kann bei der aktiven Korrealität davon die Rede sein, dass sie in einer Füreinanderberechtigung bestehe. Am schlagendsten beweist dies ein Fall der aktiven Korrealität: das subjektiv-alternative Vermächtnis, der Brinz die grössten Schwierigkeiten bereitet hat.[13]) Wenn überhaupt die Idee der gegenseitigen Vertretung einige Berechtigung haben konnte, so war dies der Fall bei der Vertragskorrealität. Bei der testamentarischen Korrealität dagegen versagt das Moment der Gemeinsamkeit, der gegenseitigen rechtlichen Beziehung, vollkommen; während bei der Vertragskorrealität die Gläubiger er-

[10]) Krit. Bl. IV S. 57.
[11]) eod. S. 53.
[12]) eod. S. 54.
[13]) eod. S. 26.

klären, dass es ihnen gleichgültig ist, an wen unter ihnen geleistet wird, tritt hier das eigenste Interesse jedes Gläubigers, sich, nicht dem anderen, die Leistung zu sichern, in den Vordergrund: Wie soll hier von Vertretung die Rede sein? Wenn hier trotzdem die Identität der Leistung vorliegt und den Grund der Korrealität bildet, so beruht dies nicht auf dem Willen der Belasteten und der Berechtigten, sondern in dem konstitutiven Willen des Testators, dem es gleichgültig ist, ob das Legat an diesen oder jenen fällt, der sich die Qual der Wahl erspart, um sie anderen zu übertragen.

Deshalb können wir auch der neuen Formulierung des Vertretungsgedankens von Waldner [14]) keinen Beifall zollen. So klar gefasst seine Ausgangspunkte sind, die mit den unsrigen im wesentlichen übereinstimmen, sowenig führen sie zu der von ihm inaugurierten Füreinanderberechtigung. Allerdings ist Korrealität auf der Gläubigerseite in der Regel „kontraktlich geschaffene Solidarität“; aber dass dieselbe nur auf dem Umweg einer „aus eigennamiger und fremdnamiger Gläubigerschaft sich zusammensetzenden Einheit“ erreicht werden könnte, ist zu bestreiten. Eine Korrealität entsteht dadurch keinesfalls; vielmehr zwei Korrealobligationen, welche zu ihrer Entstehung immer noch der Leistungsidentität bedürfen und deren Grundlage 1) die eigennamige Obligation des A und 2) die eigennamige Obligation des B bildet. Ausserdem erklärt die Waldnersche „Füreinanderberechtigung“ durchaus nicht, „dass die Erfüllung an Einen Befreiung von Allen bewirkt“; [15]) denn das trifft nur insofern zu, als in der Korrealität immer eine Teilkorrealität enthalten ist. Sind A und B die Korrealgläubiger und wird die ganze Summe an A geleistet, so wird der Schuldner befreit: 1) von A auf $^1/_2$, auf welches A im eigenen Namen berechtigt war; 2) von B auf das nämliche $^1/_2$, weil B auf dieses im Namen des A berechtigt war, aber nicht auf die andere Hälfte, weil nicht dem B, sondern dem A geleistet wurde und zwar dem A für den A, nicht für den B. Waldners Konstruktion würde nur dann zum Ziele führen, wenn es erlaubt wäre, mit dem Stellvertretungswillen zu operieren; dann aber wäre der Grund der Gesamtwirkung der Erfüllung nicht die Füreinanderberechtigung, sondern die Stell-

---

[14]) S. 153 f.

[15]) S. 155 oben.

vertretung; m. a. W.: die Waldnersche Konstruktion ist gegen ihr Thema indifferent.

Anderseits ist nicht recht verständlich, wie Waldner sich die juristische Gestaltung dieser Füreinanderberechtigung denkt. Richtig erkennt er, dass nach innen eine solche Berechtigung nur möglich, nicht notwendig ist. Das nächstliegende Beispiel ist das des adstipulator. Aber er sucht sie in der Richtung nach aussen, und wie dieselbe entstehen kann, eine Berechtigung, die sich in nichts äussert, die absolut unerkennbar und folgenlos ist, das ist uns unerfindlich; freilich ebenso, was denn eigentlich eine „Füreinanderberechtigung nach aussen" heissen soll. Uns scheint Waldner die Dinge geradezu auf den Kopf zu stellen: Während nach aussen jeder für sich berechtigt ist, liegt möglicherweise nach innen ein anderes Verhältnis vor, ja wir können uns ohne die innere Teilung den Hauptfall, die aktive Vertragskorrealität, gar nicht praktisch denken.

Auch die spekulative Methode, mit der Waldner zur Füreinanderberechtigung zu gelangen glaubt,[16]) scheint uns fehlerhaft zu sein: es ist ihm zuzugeben, dass es einer Mitwirkung, und zwar einer gegenseitigen Mitwirkung der Gläubiger bedarf, um die aktive Korrealität hervorzubringen; aber nicht, um das minus zum plus, die Teilberechtigung zur Solidarberechtigung, zu steigern, sondern um das plus zum minus, die Mehrberechtigung zur Solidarberechtigung herabzumindern. Das setzt ein gemeinsames Handeln voraus; es soll dem einzelnen dadurch nicht etwas gegeben, sondern etwas genommen werden; seine Stellung, einem Alleingläubiger ähnlich,[17]) erleidet eine Beschränkung durch seinen Willen.[18])

Allerdings behauptet Waldner, dass ein teilbares Ganze unmöglich Mehreren ungeteilt versprochen werden könne.[19]) Den Beweis ist er schuldig geblieben. Das römische Recht zeigt aber gerade, dass dies möglich ist, indem es die Teilstipulation von der Solidarstipulation trennt. Nach Waldner liegt „in dem Miteinander, dass keiner der Stipulanten das Ganze für sich will". M. E. liegt darin nur, dass die Stipulanten das Ganze für sich gemeinsam wollen, dass jedem von ihnen d i e s e s Ganze geschuldet werden soll. Gegenüber dem Schuldner kommt nichts anderes

---

[16]) S. 156.

[17]) Vgl. l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2: ac si solus stipulatus esset.

[18]) excepto eo quod etiam amittere debitorum potest l. 31 cit.

[19]) S. 160.

zum Ausdruck, als dass er dem A den nämlichen Stichus leisten soll wie dem B; diese Stipulation kann nur zur Solidarität führen sollen, da sie andernfalls widersinnig wäre. Identifizierung also ist das Wesen der aktiven Korrealität; das Füreinander ist nur im Inneren denkbar; nach aussen ist es durch die Stipulation verdeckt. Die Korrealität ist daher Nebeneinanderberechtigung. nicht Füreinanderberechtigung.

Damit haben wir auch die Frage fast schon beantwortet, welche Rolle bei der aktiven Korrealität die causa obligationis spielt. Ist causa der begründende Thatbestand, so müssen wir allerdings bekennen, dass „eadem causa“ für die Entstehung der Korrealität unerlässlich ist, da im Fall der Gläubigermehrheit ohne sie nicht einmal Solidarität entstehen könnte. Wir werden darauf noch zurückkommen.

Wenn wir demnach auch die aktive Korrealität auf die Identität der Leistung zurückführen, so haben wir noch zu prüfen, ob sich die festgestellten Rechtssätze auf diese Begriffsbestimmung zurückführen lassen. Dass die Zahlungswirkung auf der Leistungsidentität beruht, haben wir schon erörtert; ebenso hält es nicht schwer, die Gesamtwirkung der Acceptilation und der Delegation auf diesen Gesichtspunkt zurückzuführen, da die Zahlungsnatur dieser Rechtsakte ausser Zweifel steht. Wenn anderseits, wie wir gesehen haben, dem Urteil, dem Vergleich und dem pactum de non petendo keine Gesamtwirkung zukommt, so beruht dies einfach darauf, dass diesen Akten die Zahlungsnatur fehlt.

Im Gegensatz zu diesen Gruppen steht die Litiskontestation, insofern sie keine Zahlungsnatur hat und trotzdem die Gesamtwirkung äussert. Vom Eid können wir hier absehen. Die Quellen lassen es unentschieden, ob seine Zahlungs- oder seine Litiskontestationsnatur massgebend ist. In beiden Richtungen macht die Erklärung seiner Wirkung auf die aktive Korrealobligation keine Schwierigkeit, da sowohl die Wirkung der Zahlung, als auch die der Litiskontestation, auf der Identität der Leistung beruht.

Dagegen haben wir uns mit der Litiskontestation noch näher zu beschäftigen. Wenn die Erhebung der Klage von seiten des einen Korrealgläubigers dem anderen das Forderungsrecht entzieht, so ist damit anscheinend gesagt, dass das Wesen der Korrealität in dem praevenire besteht, in der selbstsüchtigen Fassung des Schuldners vor den andern Gläubigern. Welch ein

Gegensatz zu Waldners sozialer Korrealität! Indessen scheint uns dieses Praevenire nicht sowohl das Wesen der Korrealität, als vielmehr eine Konsequenz desselben zu sein: Besteht die korreale Berechtigung darin, dass jeder Gläubiger das Ganze fordern kann, und dass die Leistung an den einen den andern seiner Forderung beraubt, so folgt daraus, dass der Gläubiger, welcher den Vorteil aus der Korrealität haben will, dem andern zuvorkommen muss; zuvorkommen müssen, nicht können, ist die Eigentümlichkeit der korrealen Berechtigung.

Fraglich ist nur, wie dieses Zuvorkommen erreicht wird. Regelmässig durch den Empfang der Zahlung; aber es erscheint logisch und richtig, dass schon die Litiskontestation dem Gläubiger das Forderungsrecht sichert, weil er alles gethan hat, um die Leistung vom Schuldner zu erlangen. Überdies wirkte in der älteren Zeit die Leistung nach der Litiskontestation nicht absolutorisch, ein Moment, das, wie wir gesehen haben, auch für die aktive Korrealobligation von der höchsten Bedeutung war, und es ist mir unverständlich, wie Dernburg, der Vater dieses Gedankens, bei der aktiven Korrealität auf seine Durchführung verzichten kann, um an seine Stelle den oben angeführten unbrauchbaren Gesichtspunkt zu stellen. Die Regel „ne bis de eadem re sit actio“ bot das Mittel, die im Wesen des älteren Prozesses begründete Gefahr der Doppelzahlung zu vermeiden; aber es war kein Kunststück, die Regel auf die aktive Korrealität anzuwenden, da die Identität, die Einfältigkeit der Leistung, von selbst auf die eadem res hinwies. Eadem res ist da, weil idem petitur; Konsequenz der Einmaligkeit der Leistung ist die Einmaligkeit der Litiskontestation.

Aus der Betrachtung des Wesens der aktiven Korrealität ergibt sich auch die zwingende Antwort auf die Frage, warum Justinian die Gesamtwirkung der Litiskontestation nicht auch für die aktive Korrealität beseitigt hat. Ihre Grundlage, die Prozesskonsumption, war freilich in Wegfall gekommen. Da sie mit der Teilung des alten ordentlichen Prozesses zusammenhing, hatte sie für den Kognitionsprozess der römischen Kaiser keinen Sinn. Indessen traf dies gerade bei den Korrealobligationen am wenigsten zu: wenn auch die Gefahr der Doppelzahlung, die dem Schuldner ehedem drohte, längst geschwunden war, so war doch die Ausschliessung der anderen Gläubiger durch die Litiskontestation eine sehr praktische, alle Zweifel, alle Streitigkeiten absolut beseitigende Einrichtung. Man that deshalb gut, die

Gesamtwirkung der Litiskontestation hier beizubehalten, umsomehr, da das Institut der Prozesskonsumption anscheinend nur allmählich verschwunden war und sich die Juristen der nachklassischen Zeit kaum mehr dessen bewusst waren, dass diese Wirkung bei den Korrealobligationen auf die Prozesskonsumption von ehedem zurückzuführen sei.[20]) Es bestand ferner auch gar keine Veranlassung, eine Veränderung herbeizuführen. Bei der Schuldnermehrheit war die Gesamtwirkung der Litiskontestation ein Vorteil für die Schuldner auf Kosten des Gläubigers; hier war das praktische Bedürfnis das treibende Moment, welches von der Korrealität zur Solidarität führte; auf der Gläubigerseite lag solch ein praktisches Bedürfnis nicht vor. Nur einmal soll geleistet werden; an wen? ist gleichgültig; der eine Schuldner kann an den einen Gläubiger nicht besser leisten als an den anderen. Bei der aktiven Korrealität hat die Möglichkeit successiver Belangung keinen praktischen Wert.

Mag mag dabei noch ein Wort über Fittings Theorie von der subjektiv-alternativen Obligation gestatten. Ihre beste Stütze ist jedenfalls das Alternativlegat, welches in der Form seiner Begründung zeigt, was die Vertragskorrealität vermissen lässt, nämlich die Alternativität. Brinz hebt mit Recht hervor, dass die alternative Form keine Stipulationskorrealität hätte hervorbringen können; der solutionis causa adiectus ist dafür der beste Beweis. Wenn er jedoch ausführt, dass die alternative Honorierung die einzige Möglichkeit war, um eine testamentarische Korrealität zu erzeugen,[21]) so müssen wir ihm zwar auch hierin beistimmen,[22]) aber uns scheint diese Alternativität der Form

[20]) Wie die Ausführungen in der l. 28 C. de fideiuss. 8, 40 beweisen.

[21]) Krit. Bl. IV S. 26.

[22]) Dass bei bloss konjunktiver Belastung und Honorierung nur Teilhaftung und Berechtigung eintrat, zeigen ll. 16 § 1, 122 § 1 D. de leg. I°; ebenso bringt die Formel „quivis heres mihi erit, damnas esto“ Teilung hervor: l. 104 pr. § 5 eod. Nicht recht verständlich ist, wie Brinz a. a. O. N. 57 aus der l. 53 § 1 de leg. I° herauslesen kann, dass, wenn jeder in solidum obligiert wurde, ebensoviel Legate als Erben vorhanden waren. Die Stelle handelt von der Pupillarsubstitution und enthält eine Interpretationsregel für den Fall, dass ein Legat dem Pupillen an einen, dem Substituten an zwei Legatare aufgelegt ist; dann sollen die beiden geteilt berechtigt sein, wie es der Regel entspricht. Es scheint dieses Citat übrigens ein Druckfehler zu sein und Brinz die l. 53 § 2 im Auge zu haben, woselbst in Übereinstimmung mit l. 34 § 2 D. eod. der concursus causarum lucrativarum ausgeschlossen und entschieden wird, dass Multiplikation, nicht Solidarität eintritt: vgl. Brinz, Pand. II S. 463 N. 16. Vgl. auch noch l. 33 D. de leg. I°; l. 114 § 19 D. eod.

doch auch eine Alternativität der Berechtigung hervorzubringen. Deshalb scheint es uns auch nicht bedeutungslos zu sein, dass die Quellen auch sonst immer die Alternativität in den mannigfachsten Wendungen, vorwiegend mit dem Wort „electio" betonen.

Man hat freilich gegen Fitting eine Reihe von Einwendungen erhoben; wie ich glaube, betreffen sie weniger die Alternativität als solche, als die Art der Beweisführung Fittings. Er stellt der sachlichen Alternativität die Korrealität als subjektive Alternativität gegenüber; sein Fehler besteht dabei hauptsächlich in der unrichtigen Auffassung der alternativen Obligation. Nach Fitting ist sie ein Pendenzverhältnis, da ungewiss ist, welche von mehreren Leistungen eigentlich geschuldet wird; erst durch die Wahl wird die Pendenz beseitigt. Die sämtlichen Einwände, welche die Gegner Fittings erhoben haben, richten sich gegen diesen Alternativitätsbegriff; man behauptet mit Recht, dass nicht der eine oder der andere Gläubiger oder Schuldner in obligatione sei, sondern dass jeder Korreus von vornherein neben dem anderen wahrer Gläubiger und Schuldner ist.[23]) Aber Fittings Auffassung der objektiven Alternativobligation, von jeher bestritten, ist heute mit Recht verlassen. Nicht eine Leistung ist Gegenstand der Obligation, sondern beide Leistungen, wennschon nur alternativ.[24]) Geht man von diesem Alternativitätsbegriff aus, so ist der schlimmste Stein des Anstosses gegen Fittings Korrealitätstheorie gehoben: Jeder ist Schuldner, jeder ist Gläubiger; aber wer leisten muss, wer die Leistung erhält, ist ungewiss. Nur ist die Parallele mit der Alternativobligation deshalb wertlos, weil sich aus ihr keine Konsequenzen ziehen lassen; ist doch gerade in Bezug auf den Angelpunkt der Fittingschen Theorie, die Litiskontestationswirkung, die Korrealobligation von der Alternativobligation völlig verschieden: Die Alternativobligation wird durch die Litiskontestation nicht vereinfacht, ausser wenn der Gläubiger der Wahlberechtigte ist. Aber auch dann besteht noch insofern ein Unterschied, als bei der Alternativobligation der Gläubiger alternativ klagen kann, auch

---

[23]) Samhaber S. 125 ff.; Windscheid krit. Vierteljahrsschr. III S. 164 ff.; Brinz eod. XVI S. 5 ff.

[24]) Vgl. Windscheid II § 255; Dernburg II § 27 S. 79. Den Gegensatz bildet die sog. facultas alternativa, bei welcher nur eine Leistung in obligatione ist.



wenn er die Wahl hat,[25]) während bei der Korrealobligation nur elektive oder gemeinsame Belangung der Schuldner, und im Fall der Gläubigermehrheit überhaupt nur die Klageerhebung von seiten eines Gläubigers möglich ist.[26]) Vollends bei der aktiven Korrealität wird man von Wahl überhaupt nicht reden können, da man sonst zur „Selbstwahl" des Gläubigers gelangen würde. Nur cum grano ealis kann also die Alternativität bei der Korrealität zugegeben werden; aber sie ist nicht das Wesen der Korrealität, sondern eine blosse Folge, eine äusserliche Erscheinung derselben. Genau besehen ist vielmehr das Verhältnis der Korrealobligation das umgekehrte der Alternativobligation. Während bei dieser die Leistung der einen Sache den Schuldner von der Verpflichtung, die andere zu leisten, befreit, weil die Obligation alternativ ist, wird bei der Korrealität eine gewisse Alternativität dadurch erzeugt, dass die Leistung des einen den andern, oder nur den einen von dem andern befreit.

Wir haben hier nochmals auf das constitutum zurückzukommen. Wir haben oben zu zeigen versucht, dass die herrschende Lehre, nach welcher der Korrealgläubiger, der sich konstituieren lässt, die Mitgläubiger ausschliesst, allein Anspruch auf quellenmässige Begründung machen kann.[27]) Uns bleibt noch die Frage zu beantworten, ob diese Wirkung des Konstituts auf den Begriff der Korrealobligation zurückgeführt werden kann, und diese Frage glauben wir bejahen zu dürfen. Wir wiederholen: dass das Konstitut, welches sonst überhaupt das Bestehende unverändert lässt, hier eine so einschneidende Veränderung hervorruft, hat für uns nichts Auffälliges. Auch die Litiskontestation befreit den Beklagten nicht, sondern verhaftet ihn erst recht; aber die Gläubiger, denen der Kläger zuvorkam, schliesst sie aus, die Schuldner, welche nicht belangt wurden, werden befreit. M. E. ist die fragliche Wirkung des Konstituts weder eine zwingende Folge des Wesens des Konstituts, noch des Korrealitätsbegriffs. Aber sie bildet eine mögliche Konsequenz der Korrealität, wie sich dieselbe thatsächlich gestaltet hat, und was wichtiger ist, eine sehr praktische Konsequenz. Korrealität ist an sich nichts anderes als Obligationenmehrheit mit identischer Leistung. Dieser Begriff reagiert auf die Frage nach der Wirkung

---

[25]) Wächter, Erörterungen III S. 117; Windscheid II § 255 N. 10.

[26]) In l. 3 § 1 und l. 11 § 2 D. h. t. 45, 2 ist nur von einer Teilung der Klage unter die mehreren Schuldner die Rede.

[27]) S. oben S. 422.

des Konstituts überhaupt nicht. Aber durch die Identität der Leistung und die damit verbundene Gesamtkonsumption gelangt man zu der praktischen Gestaltung der Korrealität, welche darin besteht, dass der Gläubiger, der zuerst die Hand auf den Schuldner legt, seine Mitgläubiger ihrer Forderungen beraubt. Und eine blosse Konsequenz dieser Gestaltung ist die Wirkung des Konstituts. Wir haben schon oben gesehen, dass die aktive Korrealität im Gegensatz zu der passiven geradezu nach der Gesamtkonsumption durch die Litiskontestation verlangt: weil diese allein alle durch die Konkurrenz der Mitgläubiger entstehenden Schwierigkeiten und Zweifel beseitigt. Nur ein Schritt ist es von der Gesamtwirkung der Litiskontestation zu der Prävention durch das Konstitut: Wenn der Gläubiger den Mitgläubigern durch die blosse Litiskontestation zuvorkommen kann, warum nicht auch durch das Konstitut? Man übersehe nicht, dass dies ein nur praktisches Problem war. Korrealität und Konstitut vertrugen die Regelung der Frage im einen wie im andern Sinne; aber die Annahme, dass das Konstitut die übrigen Gläubiger präkludiert, ist eine vernünftige Konsequenz dessen, dass mit der Gesamtkonsumption durch Litiskontestation in die Korrealität die Präventionsmaxime, wenn ich so sagen darf, hineingetragen wurde. —

Im vorstehenden haben wir nur von der Korrealität mehrerer Stipulanten und Legatare gehandelt; es obliegt uns noch die Frage, ob es sonst noch Fälle aktiver Korrealität gegeben habe. Dass auch causale Verträge Korrealität hervorbringen konnten, ist uns nur bei der Schuldnermehrheit bezeugt.[28]) Indessen kann man unbedenklich das Gleiche auch bei der Gläubigermehrheit annehmen. Ist das schaffende Moment der Parteiwille, so ist nicht zu erkennen, was hier der Korrealität entgegenstehen sollte. Dass die Quellen davon schweigen, erklärt sich einfach aus der geringen Rolle, welche die aktive Korrealität im Vergleich mit der passiven schon im römischen Recht gespielt hat.

Ausserdem gibt es Fälle gesetzlicher Korrealität: Dass argentarii socii Korrealgläubiger sind, haben wir bereits festgestellt. Einen anderen Fall finden wir in l. 6, 7 pr. D. commodati 13, 6, wonach mehreren Kommodataren, welchen die geliehene Sache entwendet ist, die actio furti gewährt wird, jedoch nur mit der Beschränkung „ut alterutro agente alterius actio

---

[28]) l. 9 pr. h. t. 45, 2.

contra furem tollatur". Mit Recht bemerkt Eisele zu dieser Stelle, dass die Korrealität in der Einheit des Deliktes begründet sei:[29]) der Dieb hat nur einmal gestohlen, soll also auch nur einmal Strafe erleiden. Anderseits steht die actio furti jedem zu „cuius interest", und da das Interesse jedes Kommodatars das Gleiche ist, bestimmt durch seine solidarische Restitutionspflicht, steht ihm die actio furti in solidum zu.

Als letzter Fall gesetzlicher Korrealität ist die l. 18 D. de cond. furt. 13, 1 zu erwähnen (Scaevola libro IV quaestionum):

> Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. et Pomponius epistolarum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. sed altera condictione altera tollitur.[30])

Auch diesen Fall führt Eisele mit Recht auf die Einheit des furtum zurück;[31]) wenn er ihn jedoch dazu verwendet, als Erfordernis der Korrealität die Einheit der causa nachzuweisen, so können wir erwidern, dass es hier weniger auf die causa, als den Erfolg ankommen dürfte und dass die Einheit der causa nur dann für die Korrealität erforderlich ist, wenn ohne sie keine Solidarität, sondern verschiedene Obligationen mit verschiedenem Gegenstand entstehen würden.

§ 25.

Die aktiven Solidarobligationen.

Ob es neben den aktiven Korrealobligationen auch aktive Solidarobligationen gibt, ist bestritten. Man hat dieser Frage lange Zeit keine besondere Bedeutung beigemessen; die herrschende Lehre hat sie ohne nähere Begründung verneint, einzelne Schriftsteller haben einzelne Fälle aktiver Solidarität behauptet und erst Ihering hat es der Mühe wert gefunden, der Frage eine eigene Abhandlung zu widmen. Auch wir haben uns näher mit diesem Problem zu beschäftigen.

---

[29]) Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 77 S. 425. Vgl. Ascoli S. 33 N. 2.

[30]) Brinz, Pand. II S. 546 N. 26 nimmt an, dass die Stelle von einer Konkurrenz der condictio furtiva mit der condictio indebiti handle. M. E. ist das aus der Stelle nicht herauszulesen.

[31]) a. a. O. S. 426.

I. Der erste Fall, den wir hier behandeln, ist der der unteilbaren Obligation, wenn mehrere Gläubiger vorhanden sind. Wie bei der passiven unteilbaren Obligation werden wir auch hier untersuchen, ob überhaupt eine Solidarobligation vorliegt, bevor wir an die Frage herantreten, ob Solidarität im engeren Sinn oder Korrealität anzunehmen ist.

Die erstere Frage wird von der Mehrzahl der Schriftsteller unbedenklich bejaht.[1]) Es liegt eine Solidarität vor; dieselbe hat jedoch „ihre Besonderheiten".[2]) Auch die Quellen scheinen die Frage zu bejahen:

l. 17 D. de servit. 8, 1 Pomponius libro singulari regularum:
Viae itineris actus aquaeductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est: et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt: et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.[3])

l. 25 § 9 D. fam. ercisc. 10, 2 Paulus libro XXIII ad edictum:
An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur: velut si is qui viam iter actus stipulatus erat, decesserit, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest. sed verius est non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem et, si non prestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.

In der ersten Stelle wird die petitio viae den Erben des Stipulanten in solidum gegeben, ganz ebenso, wie gegen die Erben des Promissors. Indessen macht die zweite Stelle eine Einschränkung: Hier ist einesteils deutlich ausgesprochen, dass eine unteilbare Obligation vorliegt, anderenteils, dass den Erben des Stipulators die actio in solidum zusteht; trotzdem soll der einzelne die Kondemnation nur pro parte hereditaria erlangen. Wegen dieser Teilung der Kondemnation wird auch das iudicium familiae erciscundae versagt.

Es fragt sich, wie Paulus von einer actio in solidum reden

---

[1]) Vgl. Brinz II § 233; Windscheid II § 299; Dernburg II § 24 a; Arndts § 216; Ryck, Schuldverh. S. 107 f., unterscheidend: Ubbelohde S. 48, 75 f., 233 f.; Rümelin, Teilung der Rechte S. 215 f.

[2]) Windscheid a. a. O.

[3]) Die l. 19 D. si serv. vind. 8, 3 spricht nicht von „solidum", obwohl sie gewöhnlich (Ryck, Windscheid a. a. O.) dafür angeführt wird.

konnte, wenn das Interesse nur zum Teil ins iudicium kam. Offenbar kam hier die Fassung der Formel in Betracht: wenn gesagt ist, dass „solida petitio est“, „in solidum competit actio“, so hat das wohl nur zu bedeuten, dass die intentio in solidum konzipiert sein kann, ohne dass daraus die Abweisung der Klage folgen müsste: Man klagt „si paret Negidium Numerium Aulo Agerio viam dare oportere“, obwohl die via den mehreren Erben zusammen geschuldet wird. Die Kondemnatio geht auf „quanti ea res est“.[4]) Dieses Interesse zu bestimmen ist Sache der Auslegung. Das Problem besteht daher für Paulus darin, dass der Erbe entweder die condemnatio in solidum erlangt und dann der actio familiae erciscundae unterliegt,[5]) oder nur eine Teilkondemnation erlangt. Liegt nun in dem „Aulo viam dare oportere“ eine Pluspetitio? Das wird stillschweigend verneint. Das „quanti res est“ ist biegsam genug, um die zu weite Intentio zu korrigieren.[6])

Vgl. dazu ferner:

> l. 2 § 2 D. de V.O. 45, 1 Paulus libro XII ad Sabinum: Ex quo accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viae vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem,

wo „actio“ im gleichen Sinn gebraucht sein wird, wie in den oben genannten Stellen, ferner:

> l. 11 § 4 D. de aqua 39, 3 Paulus libro XLIX ad edictum: Quod si is fundus, cui aqua pluvia nocet, plurium sit, agere quidem vel singulos posse: sed damni quod post litem contestatam datum sit, non amplius parte sua consecuturum: item si opus restitutum non fuerit, non amplius quam quod parte eorum interfuerit opus restitui, condemnationem fieri oportere.

Die Restitution des opus ist eine unteilbare Leistung; jeder kann auf dieselbe klagen; das damnum ist natürlich teilbar; der Kläger erlangt daher nur Ersatz des Schadens, den er selbst erlitten.[7]) Wenn dagegen auch die Litisästimation trotz der Unteilbarkeit der Restitution nur pro parte gewährt wird, so steht dies zwar mit den obigen Stellen in Einklang, scheint also auf actio in solidum und condemnatio pro parte bezogen werden zu

---

[4]) Lenel edictum S. 190.

[5]) Vgl. auch l. 25 § 10 D. eod. 10, 2.

[6]) Vgl. Ribbentrop S. 235; Ubbelohde S. 53 ff.

[7]) Vgl. Burckhard, actio aquae pluviae arcandae S. 495 N. 38 a. E.

müssen;[8]) aber es fragt sich, wie diese Teilung zu bemessen sei. Offensichtlich ist aber dabei von einer Teilung nach Köpfen keine Rede. Der einzelne erlangt nicht einen Anteil an dem Interesse, welches die Miteigentümer an der Restitution haben, sondern das ganze Interesse, welches er für seinen Teil daran hat.[9]) Sofort aber erhebt sich dann die Frage: Liegt unter diesen Umständen überhaupt eine solidarische Berechtigung vor?

Auch hier müssen wir auf das Verhältnis der Litisästimation zur Naturalerfüllung zurückgreifen: Der Satz, dass jeder Gläubiger in solidum berechtigt sei und doch nur eine Teilästimation erhalte, enthielt den nämlichen inneren Widerspruch, wie der entsprechende Satz für die Schuldnermehrheit. Das „quanti ea res est“ muss irgendwie seine Bestimmung erhalten; dies kann nur geschehen nach Massgabe des Rechtes „ea res“, welches dem Gläubiger zusteht. Wenn der Gläubiger berechtigt ist, eine Leistung ganz zu erlangen, so ist sein Interesse notwendig nach dieser Solidarberechtigung zu bemessen. Dem steht jedenfalls die l. 11 § 4 cit. nicht im Wege, da sie nicht vom Teilinteresse, sondern vom individuellen Interesse handelt.

Wie verhält es sich aber mit der stipulatio viam dari? Dass sie nur dann gültig ist, wenn der Stipulant der Eigentümer des fundus dominus ist, steht fest; ebenso, dass sie hinfällig wird, wenn der Stipulant das Eigentum verliert. Viam dare ist eben nur dann möglich, wenn der Stipulator Eigentümer ist.[10])

Infolgedessen kann auch der Miteigentümer des herrschenden Grundstückes die Servitut ebensowenig allein stipulieren, als sie der Miteigentümer des fundus serviturus allein promittieren kann.[11]) Die Stellen, nach welchen Einheit des Aktes nicht erforderlich ist,[12]) handeln von der blossen cessio servitutis; die stipulatio servitutem dari ist nach ihnen nicht zu beurteilen, da sie die Servitut selbst noch nicht begründet. Infolgedessen ist zur Stipulation der Servitut ein Gesamtakt der sämtlichen Miteigentümer erforderlich, und man wird bei demselben die Form

[8]) Vgl. Burckhard a. a. O. S. 502.

[9]) Vgl. Ubbelohde S. 53 N. 12.

[10]) Ubbelohde S. 51 ff. Mit Recht teilweise gegen ihn Rümelin S. 217, 218.

[11]) l. 8 § 1 D. de serv. 8, 1; l. 22 D. de S. Pr. R. 8, 3; l. 6 § 1 commun. praed. 8, 4; l. 18 eod.; l. 11, l. 32 D. de S. Pr. R. 8, 3; l. 5, l. 6 § 1 D. comm. pr. 8, 4; l. 4 § 3 D. si serv. 8, 5; l. 3 D. de serv. leg. 33, 3; l. 11, l. 17 D. de serv. 8, 1; Rümelin S. 72; Windscheid I § 209 N. 17.

[12]) l. 18 D. comm. praed. 8, 4; l. 6 § 2 eod.; l. 11 D. de S. Pr. R. 8, 3; l. 3 D. de serv. leg. 33, 3; Windscheid I § 212 N. 3.



der Korrealstipulation betrachtet haben, woraus es sich erklärt, warum die Quellen den Fall der ursprünglichen Gläubigermehrheit kaum behandeln.[13])

Wir können uns daher mit den Quellen auf den Fall beschränken, wenn ein Stipulant mehrere Universalsuccessoren erhalten hat. Es ist dann die doppelte Möglichkeit gegeben, den einzelnen in solidum zur Geltendmachung der Kondiktion „servitutem dare oportere" zu ermächtigen und die Litisästimation ins iudicium familiae erciscundae zu bringen oder den einzelnen nur zum Teil zu legitimieren und dieses Iudicium auszuschliessen. Die Römer haben sich für die zweite Alternative entschieden; nicht weil sie etwa die Obligation als teilbar betrachtet hätten, sondern ein Servitutem dari an den einzelnen Miteigentümer in solidum gar nicht möglich ist.

Innerhalb der unteilbaren Obligationen unterscheidet man, ob die Leistung „von der Art ist, dass durch die Leistung an einen Gläubiger auch eine Befriedigung der übrigen Gläubiger herbeigeführt wird", oder ob dies nicht der Fall ist.[14])

M. E. ist diese Unterscheidung mit der Behauptung, dass Unteilbarkeit Solidarität erzeuge, unvereinbar. Das Wesen der Solidarität führt notwendig dazu, dass durch die Leistung an einen Gläubiger auch die Forderungen der anderen Gläubiger untergehen. Hier hätten wir eine Solidarobligation ohne Gesamtsolution — eine contradictio in adiecto! Windscheid beruft sich dafür auf folgende Stellen:

> l. 1 § 36 D. depositi 16, 3 Ulpianus libro XXX ad edictum: Si pecunia in sacculo signato deposita sit et unus ex heredibus eius qui deposuit veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat, videndum est. promenda pecunia est vel coram praetore vel intervenientibus honestis personis et exsolvenda pro parte hereditaria: sed et si resignetur, non contra legem depositi fiet, cum vel praetore auctore vel honestis personis intervenientibus hoc eveniet: residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit (sigillis videlicet prius ei impressis vel a praetore vel ab his, quibus coram signacula remota sunt) vel, si hoc

[13]) Vgl. die l. 19 D. de serv. praed. rust. 8, 3, welche eine gemeinsame Stipulation im Auge hat. Einen Ausweg bot die einfache Stipulation durch einen gemeinsamen Sklaven. Über den Gesamtakt vgl. Kuntze, der Gesamtakt S. 33 ff.

[14]) Vgl. Windscheid II § 299; Brinz II S. 72 N. 5; Rümelin S. 215.

recusaverit, in aede deponendo. sed si res sunt, quae dividi non possunt, omnes debebit tradere satisdatione idonea a petitore ei praestanda in hoc quod supra eius partem est: satisdatione autem non interveniente rem in aedem deponi et omni actione depositarium liberari.

l. 14 pr. D. eod.: Gaius libro IX ad edictum provinciale: Si plures heredes exstiterint ei qui deposuerit, dicitur: si maior pars adierit, restituendam rem praesentibus; maiorem autem partem non ex numero utique personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariarum intellegendam: cautela idonea reddenda.

l. 54 § 1 D. de V. O. 45, 1 Julianus libro XXII digestorum: Operarum stipulatio similis est his stipulationibus, in quibus genera comprehenduntur: et ideo divisio eius stipulationis non in partem operarum, sed in numerum cedit. Quod si unam operam servus communis stipulatus fuerit, necesse est utrique dominorum partem operae tantam, quantam in servo habuerit, petere. Solutio autem eius obligationis expeditissima est, si aestimationem operae malit libertus offerre: aut si consentiant patroni, ut his communiter operae edantur.

In der letzten Stelle ist nichts weiter gesagt, als dass die aestimatio unter die mehreren Patrone des Freigelassenen verteilt werden soll und kann; ebenso leicht soll die Erfüllung sein, wenn die Patrone verabreden, dass ihnen gemeinsam erfüllt werde. Dass die Leistung an den einen Patron den Freigelassenen schlechthin nicht befreie, ist zwar nicht gesagt, aber anzunehmen; jedenfalls ergibt sich aus der Stelle nicht der geringste Anhalt für die Annahme, dass trotz dieser Entscheidung für Teilleistung oder Gesamtleistung der Libertus seinen Freilassern in solidum hafte.[15])

Ebensowenig spricht die l. 14 pr. cit. von Solidarberechtigung: mehrere Erben des Deponenten sollen die Restitution entweder nur an alle gemeinsam, oder, wenn noch nicht alle angetreten haben, an alle, die angetreten haben, verlangen können. Aber das ist ein blosser Restitutions*modus*; von Gläubigerschaft und Anspruch ist dabei keine Rede. Das zeigt deutlich das „si maior pars adierit“, welches im anderen Fall keinen Sinn hätte. Der Depositar soll nicht gezwungen sein, die Sache so lange zu

[15]) Vgl. Ribbentrop S. 236 N. 16; Ubbelohde S. 73.

bewahren, bis alle Erben angetreten haben; es genügt, dass der grössere Teil angetreten hat. Immerhin ist in der Stelle ausgesprochen, auch wenn man das „cautela idonea reddenda"[16]) nicht auf den Depositar, sondern auf die noch übrigen Delaten bezieht, dass die Leistung an einen Deponenten nicht von den übrigen befreit und darin liegt der Beweis dessen, dass mehrere Deponenten keine Solidargläubiger sind. Vielmehr ist an sich eine Teilobligation vorhanden, wie sich schlagend aus der, wenn auch tribonianischen[17]) l. 1 § 44 D. eod. ergibt:

> Sed si duo deposuerint et ambo agunt, si quidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere: sin vero pro parte, pro qua eorum interest, tunc dicendum est in partem condemnationem faciendam.

Was endlich die erste Stelle betrifft, so ergibt sich aus ihr, dass der Depositar an einen der Erben das ganze Depositum nicht herauszugeben braucht, sondern dass, trotzdem äusserlich die Restitution einer Spezies in Frage kommt, geteilt wird; dass dagegen unteilbare Sachen nur gegen Sicherheit herauszugeben sind.[18]) Doch wohl nur darum, weil 1. der einzelne Erbe bezw. Deponent nicht mehr als seinen Anteil fordern darf und 2. die Leistung des Ganzen den Schuldner nicht von den anderen Deponenten befreit, mithin die Identität der Leistung fehlt und von Solidarität nicht die Rede ist.

Wie verhält es sich aber mit den anderen Fällen unteilbarer Obligationen? Wird, wenn die Leistung anders geartet ist, der Schuldner befreit und warum?

Man beachte die Fälle, wenn die Wiederherstellung eines Zustands den Inhalt der Verpflichtung bildet. Dieser Inhalt ist ein anderer, als in anderen Fällen; es liegt in der Obligation ein objektives Moment: sie ist daran gebunden, dass der rechts-

---

[16]) Lenel, Palingenesia I, Gaius No. 230 hält den Zusatz für Emblem.

[17]) Eisele Archiv 77 S. 449 N. 67. Augenscheinlich hatte Ulpian nur von dem Fall ohne Verabredung der Solidarität (Korrealitätsklausel) gehandelt. Vgl. über die Stelle einstw. Ihering, Jahrb. f. Dogmatik 24 S. 130 f.

[18]) Damit stimmen vollkommen überein die ll. 17 pr., 1 § 31 D. depos. 16, 3, l. 81 § 1 D. de solut. 46, 3. Wenn Windscheid die l. 81 § 1 cit. dafür anführt (§ 299 N. 5), dass möglicherweise der Schuldner auch ohne Befriedigung der übrigen Gläubiger von ihnen frei werde, so liegt darin keine Ausnahme. Der Depositar haftet nur für dolus. Restituiert er „sine praetore" und „sine dolo", so geht seine Obligation unter, weil ihm die Restitution an die anderen Gläubiger ohne Schuld unmöglich geworden ist. Vgl. Ribbentrop S. 239; Ryck S. 108 zu N. 5.

widrige Zustand besteht. Man wird daher annehmen müssen, dass in solchen Fällen auch die Beseitigung desselben durch Dritte den Schuldner befreit, selbst wenn keine Intercession stattgefunden hat. Ebenso liegt die Sache bei einer Mehrheit von Gläubigern: wird der frühere Zustand wiederhergestellt, so ist die Obligation aller, auch der nicht klagenden Gläubiger, untergegangen. Also doch Solidarität? Ich glaube, dass dies verneint werden muss. Die actio aquae pluviae arcendae lehrt uns, dass der Gläubiger nur pro parte berechtigt ist; schon aus diesem Grund kann keine Solidarität vorliegen. Wenn trotzdem die Restitution allen Gläubigern gegenüber befreiend wirkt, so ist der Grund hier ein anderer als bei der Solidarität: bei letzterer geht auch die Forderung des Gläubigers, der nichts erhalten hat, unter, weil er nicht verlangen konnte, dass gerade an ihn geleistet werde; dort geht die Forderung unter, weil eine Voraussetzung des Anspruchs untergegangen ist, weil der Schuldner, wenn einmal restituiert ist, nicht mehr restituieren kann. Der Schuldner wird hier ebenso, wie im Fall des casus, frei. Ebenso dann, wenn es sich um die Herstellung eines Zustandes handelt.[19]) Darin liegt also ein wesentlicher Unterschied unter den unteilbaren Obligationen: Zum Teil kann nur an alle erfüllt werden — servitutem dare — zum Teil auch an einen, mit der Wirkung der Befreiung von sämtlichen Gläubigern — opus facere oder restituere — zum Teil kann endlich an einen in solidum geleistet werden, aber ohne dass die Gesamtbefreiung erfolgt — rem restituere. Im ersten Fall ist die Leistung an einen überhaupt nichtig, im zweiten vollwirksam, im dritten nur beschränkt wirksam. Aber in keinem Fall liegt Solidarität vor.

Wenn trotzdem die Quellen von einer „actio in solidum" reden, so kann sich dies nur auf die Fassung der Intentio beziehen. Jedenfalls zeigen die oben erwähnten Stellen, dass an den einzelnen Gläubiger zwar nicht pro parte restituiert wird, weil dies nicht möglich ist, dass aber der Gläubiger die Restitution auch nicht in solidum verlangen kann.

Wenn wir demgemäss die unteilbaren Obligationen mit Mehrheit der Gläubiger aus der Reihe der Solidarobligationen streichen, so sind wir damit noch nicht zu Ende. Es handelt sich noch darum, darzulegen, wie sich die Geteiltheit des Rechts

---

[19]) Vgl. Ubbelohde S. 234.

mit der Unteilbarkeit der Leistung verträgt. Wenn wir oben bei der Schuldnermehrheit behauptet haben, die Unteilbarkeit führe zur Solidarität, so scheint die Logik das nämliche bei der Gläubigermehrheit zu verlangen. Die Frage selbst ist offenbar von untergeordneter Bedeutung gegenüber dem sicheren Ergebnis, zu dem wir an der Hand der Quellen gelangt sind. Dasselbe wird auch durch die Ausdrucksweise bestätigt, insofern bei der Schuldnermehrheit stets hervorgehoben wird, dass jeder Schuldner „in solidum teneturׅ“, während bei der Gläubigermehrheit in keiner Stelle eine ähnliche Wendung gebraucht wird. „Solidum petere“, „actio in solidum“ wollen etwas ganz anderes bezeichnen, als den Obligationeninhalt.[20])

Indessen ist die Frage doch einer Untersuchung wert. Die verschiedene Behandlung der Gläubiger- und der Schuldnermehrheit muss einen inneren Grund haben. Dieser kann nicht schwer zu finden sein, wenn man bedenkt, dass die Gestaltung der Sache in erster Linie ein praktisches Problem war.

Bei einer Mehrheit von Schuldnern musste die Unteilbarkeit zur Solidarität führen oder zur Befreiung des Schuldners. Entweder wendete man den Satz „impossibilium nulla obligatio“ an, weil der Schuldner nicht mehr als einen Teil schuldete, diesen Teil als solchen aber nicht leisten konnte, oder man steigerte seine Verpflichtung zur Solidarhaftung, und das war der einzige Weg, der ersteren Eventualität zu entgehen. Insbesondere hätte ein passives Gesamtverhältnis hier gar nicht zum Ziel geführt, weil der Schuldner das einzige Interesse hat. nicht zu erfüllen. Haftet jeder Schuldner nicht für die ganze Leistung allein, so wird der Gläubiger überhaupt um die Erfüllung betrogen: denn es braucht nur ein Schuldner nicht erfüllen zu wollen, damit der Gläubiger von dem Teilschuldner, der nicht erfüllen will, zwar die partielle Litisästimation, von den übrigen Schuldnern aber nichts erhält, weil durch die contumacia des ersteren ihnen die Naturalerfüllung unmöglich gemacht ist. Denn dass die Litisästimation, wie nicht weniger. so auch nicht mehr betragen kann, als die Verpflichtung des einzelnen Schuldners, wird des Beweises nicht bedürfen.

Ganz anders im Fall der Gläubigermehrheit. Hier ist ein Interesse des einzelnen daran vorhanden, dass erfüllt werde, und zwar, dass ganz erfüllt werde. Aber das reicht zur

[20]) Vgl. Savigny, Obl. I S. 370 f.; Ryck S. 109.

Schaffung der Solidarität an sich nicht aus. Während die Schuldnermehrheit zur Solidarität geradezu hindrängt, weil nur ein Gläubiger zu befriedigen ist, dieser also infolge der Leistung gerade das erhält, was er zu fordern hat, ist dies bei der Gläubigermehrheit in keiner Weise der Fall. Der Schuldner leistet zwar, was er zu leisten hat; aber wenn der Gläubiger A erhält, was er zu fordern hat, und sogar mehr „quia divisionem haec res non recipit", so erhält anderseits der andere Gläubiger gar nichts. Das ist das die Solidarität abweisende Moment. Man wende nicht ein, dass das Gleiche bei der Korrealität, dem einzigen Fall aktiver Solidarität, den wir bisher betrachtet haben, der Fall sei; in Wirklichkeit sind beide Fälle gar nicht zu vergleichen. Bei der Vertragskorrealität wird dieses Moment hinfällig durch den Willen der Gläubiger, bei der testamentarischen Korrealität durch den Willen des Testators, dem es gleichgültig ist, ob diesem oder jenem das Vermächtnis zufällt. Durch die Unteilbarkeit werden dagegen die beiden Leistungen nicht miteinander identifiziert, und ein Willensmoment, welches identifizieren könnte, fehlt vollständig. Man wird vielleicht auf die actio familiae erciscundae verweisen. Allein wir haben oben ausgeführt, dass bei der Schuldnermehrheit, die durch Erbgang bewirkt wird, die Klage nicht zur Ausgleichung des Erben als Schuldner gewährt wird, sondern der Erben als Erben. Anderseits würde die a° familiae erciscundae wohl, Solidarität vorausgesetzt, einen Ausgleich bewirken; allein es wäre unbillig, den Gläubiger statt an seinen nächsten Schuldner an den Miterben zu verweisen. Überdies ist eine Regressklage nicht in allen Fällen der Unteilbarkeit gegeben; man behauptet zwar sehr allgemein das Gegenteil, [21]) aber, wie mir scheint, mit Unrecht. Denn, wenn die mehreren Gläubiger untereinander in einem Rechtsverhältnis stehen, welches durch die Erfüllung zu gunsten des einen, zum Nachteil des anderen verschoben wird, ist der Regress ja wohl selbstverständlich, und dieser Fall wird regelmässig vorliegen. Aber notwendigerweise liegt ein solches Rechtsverhältnis nicht vor; trotzdem den Regress zu gewähren, ginge daher nur unter der Voraussetzung an, dass keine Solidarität anzunehmen sei, weil dann nämlich die Empfangnahme der Leistung entweder eine negotiorum gestio bildet oder doch

---

[21]) Ubbelohde S. 261, 270—274; Brinkmann, Verhältnis der actio neg. gest. und der a° comm. divid. S. 108, 142 ff.; Windscheid II § 299 N. 3.

eine Bereicherung bewirkt. An dem in dieser Beziehung bei den passiv-unteilbaren Obligationen Bemerkten muss ich auch hier festhalten: So wenig bei jenen ein Regress angenommen werden kann, und zwar gerade weil eine Solidarobligation vorliegt, so wenig wäre es im Fall der Gläubigermehrheit möglich, wenn eine Solidarobligation vorhanden wäre.

Im Fall der Gläubigermehrheit kann das Recht also gar nicht zur Solidarität gelangen, weil es damit die einzelnen Gläubiger der Gefahr aussetzen würde, nichts zu erhalten. Bei der Teilung der Obligation trotz der Unteilbarkeit der Leistung liegt die Sache ganz anders: Leistet der Schuldner einem Gläubiger, so wird er von dem anderen nicht befreit, weil er „solidum" nur im natürlichen, nicht im juristisch-technischen Sinn geleistet hat. Der Mitgläubiger hat denn möglicherweise die actio neg. gestorum, niemals die condictio sine causa, weil er nichts eingebüsst hat; aber für jeden Fall bleibt ihm der Schuldner verhaftet, zu leisten oder die Litisästimation zu prästieren.

Mit der Ausscheidung der unteilbaren Obligationen aus den aktiven Solidarobligationen wären wir an sich mit der Unteilbarkeit im Rahmen unseres Buches zu Ende; indessen sollen hier noch einige mit diesem Gegenstand zusammenhängende Erörterungen Platz finden. Die uns zunächst interessierende Frage ist die, welche Wirkung die Litiskontestation äussert. Ribbentrop hat angenommen, dass bei der Obligation auf Bestellung einer Prädialservitut die Klage der übrigen Gläubiger trotz der Teilkondemnation konsumiert werde[22]) und diese Annahme vermutlich darauf gestützt, dass das „servitutem dare oportere" nur gegenüber allen Miteigentümern möglich war, und dass daher, wenn es durch die Litiskontestation gegenüber einem desselben zerstört wurde, auch die anderen Gläubiger ihr Forderungsrecht einbüssen mussten. Eine Argumentation, die manches für sich und nur das eine gegen sich hat, dass sie ganz formalistisch ist und zu einem geradezu unmöglichen Ergebnis führt. Anderseits kommt ja der Prozessnovation nicht die Bedeutung zu, dass der Kläger aufhöre, Gläubiger zu sein; die Servitut wird ihm nach- wie vorher geschuldet, so dass immer noch sämtliche Eigentümer forderungsberechtigt sind. Der andere Grund für Ribbentrops Annahme,

---

[22]) arg. S. 240. Ebenso Czyhlarz in Grünhuts Zeitschr. III S. 110 zu N. 131.

welcher in der in solidum gefassten Intentio liegt, ist schon von Savigny behandelt worden.[23]) Er will durch eine praescriptio pro actore den Gegenstand der Klage auf das Recht des Klägers beschränken; wir halten das nicht für notwendig, glauben vielmehr, dass die Frage mit der Fassung der Intentio nichts zu thun hat. Intendiert wird ja nur das „Aulo viam dare oportere“, kein „Aulo, Titio, Sempronio dare oportere“, und das Auffallende besteht nur darin, dass diese Intentio keine Pluspetitio enthält; indessen erfährt eben diese Intentio ihre beschränkende Auslegung durch das „quanti res est“ der Kondemnation.[24])

Wir möchten daher annehmen, dass die römischen Juristen, welche doch nur aus äusseren Gründen die intentio in solidum konzipierten, die Konsumption der übrigen Klagerechte von vornherein nicht eintreten liessen.[24a]) Eine andere Frage, die uns bedenklicher scheint, ist die, welche Wirkung der Leistung der Teilästimation an einen unter den Gläubigern zukam. Der Empfänger büsst sein Forderungsrecht ein; gehen damit nicht auch die anderen Forderungsrechte unter? Als logische Konsequenz des Satzes, dass die Servitut nur allen Miteigentümern geschuldet werden kann, scheint diese Annahme unvermeidlich; niemand aber wird bestreiten, dass sie absolut unbefriedigend ist. Wir sehen indessen gerade bei den unteilbaren Obligationen, dass die klassischen Juristen bestrebt waren, die strenge Logik gegen das praktisch Richtige zurücktreten zu lassen, so dass wir annehmen dürfen, der Römer habe auch die genannte Konsequenz nicht gezogen.[25])

---

[23]) I S. 371.

[24]) Dass es auf die Fassung der Intentio nicht in dem Masse ankommt, wie Ribbentrop annahm, ergibt die l. 31 D. de iudiciis 5, 1, nach welcher jeder von mehreren Erben des Gläubigers die Obligation seines Erblassers nur pro parte in iudicium deduzierte, wenn er auch solidum intendierte. Vgl. Ubbelohde S. 263; Burckhard, actio aquae pluviae arc. S. 515.

[24a]) Czyhlarz S. 107 f. nimmt an, dass die Unteilbarkeit der Leistung im Fall der Gläubigermehrheit keine Korrealität begründe, und dass trotzdem der Litiskontestation Gesamtwirkung zukam (S. 110 zu N. 139a), wofür er sich auf ll. 4 §§ 3, 4; l. 19 D. si servitus 8, 5 beruft. M. E. mit Unrecht, da in keiner dieser Stellen von der Wirkung der Litiskontestation die Rede ist, wie das „et victoria et aliis proderit“ beweist, welches voraussetzt, dass die Klage dem Miteigentümer erhalten geblieben ist. Vgl. meine subjektiven Grenzen der Rechtskraft S. 48 ff.

[25]) Hieran reihen sich noch andere Fragen: kann ein Gläubiger novieren, acceptoferieren, u. s. w.? Zerstört er damit die Rechte seiner Mitgläubiger? Ein Schluss aus der Möglichkeit, allein zu klagen, scheint mir gewagt.

Ebenso verhält es sich mit den anderen unteilbaren Obligationen. Der Gläubiger ist nur zum Teil berechtigt; trotz der solidarischen Intentio deduziert er nur seine Teilforderung ins Judizium, und dies tritt deutlich hervor bei den actiones arbitrariae, wo die unteilbare Leistung selbst, die Restitution, nur in der clausula arbitraria erscheint. Da anderseits das eben bei der stipulatio viam dare geäusserte Bedenken nicht besteht, wird die Litiskontestation der Gesamtwirkung umsomehr entbehren müssen. —

Über die Frage nach der Rechtskraftwirkung des Urteils herrscht Meinungsverschiedenheit. Savigny stützt sich auf die Analogie der actio confessoria und nimmt Gesamtrechtskraft an;[26]) Ubbelohde hat, m. E. mit vollem Recht, diese Analogie als unpassend bezeichnet.[27]) Wenn das Urteil über die confessoria für und gegen sämtliche Miteigentümer Rechtskraft wirkt, so liegt der Grund darin, dass diese Klage ein dingliches Substrat hat, dass geradezu über eine Eigenschaft des Grundstücks entschieden wird und über diese natürlich nur einheitlich entschieden werden kann.[28]) Das ist bei den obligatorischen Klagen nicht der Fall, insbesondere auch nicht bei der condictio viam dare. Es mag das auffallend scheinen, da ja die stipulatio viam dare an das „dingliche Substrat“ anknüpft und ohne dasselbe ungültig ist. Indessen besteht hier doch eine grosse Verschiedenheit von der a° confessoria. Die Frage, welche den Gegenstand der actio confessoria bildet, ist nicht die, ob der Kläger einen bestimmten Anspruch hat, sondern ob das betreffende Grundstück der fundus dominus ist; die Frage, ob der e i n z e l n e Miteigentümer die actio confessoria hat, ist also eine reine Legitimationsfrage. Ganz anders bei der Kondiktion: Hier ist die Frage nur die, ob der Kläger berechtigt ist, die Bestellung einer Prädialservitut zu fordern, und diese Frage ist nur an die Voraussetzung geknüpft, dass die stipulatio des Klägers gültig war. Die Bedingungen dieser Gültigkeit werden gar nicht in iudicium reduziert und sind deshalb der Rechtskraft nicht fähig. In beiden Fällen ist Gegenstand der Konsumption und der Rechtskraft eine actio; aber was bei der obligatorischen Klage nur Voraussetzung ist, bildet bei der dinglichen Klage den Inhalt des Klagerechts. Darauf beruht

---

[26]) Obl. I S. 371; vgl. l. 4 § 3 D. si serv. vind. 8, 5.

[27]) S. 262.

[28]) Vgl. Ubbelohde S. 262; Burckhard S. 517 ff., meine subj. Grenzen der Rechtskraft S. 49.

die verschiedene Rechtskraftwirkung. Einigermassen anders liegt die Sache bei der actio aquae pluviae arcendae; man wird die Ähnlichkeit dieses Falles mit dem der actio confessoria nicht verkennen können.[29]) Auch hier handelt es sich um die Beziehung von Grundstück zu Grundstück: durch den rechtswidrigen Zustand wird das Grundstück verletzt; die Beseitigung des Zustands kommt dem Grundstück zu gute. Ausserdem verweisen wir für den Fall, dass diese Momente das Bedenken, welches das Vorhandensein einer persönlichen Klage gegen die Annahme der Gesamtrechtskraft hervorruft, nicht entkräften sollten, auf die Folgen, welche die Möglichkeit verschiedener Entscheidung herbeiführen würde. Für das klassische Recht ist dies freilich belanglos. Die Geldkondemnation im einen Fall verträgt sich mit der Absolution im anderen. Aber anders im neueren Prozess, welcher die Realexekution durchführt: die Möglichkeit verschiedener Entscheidung der Sache würde voraussetzen, dass die Exekutionsfrage für die verschiedenen Gläubiger verschieden entschieden werden könnte; die Unteilbarkeit der Leistung bedingt aber hier die vollkommene Gleichheit der Urteilsnorm. Freilich nicht in dem Sinn, als ob „finis controversiae“ für die Parteien des zweiten Prozesses wäre; die Rechtskraftwirkung ist nur hypothetisch, dadurch bedingt, dass auch der neue Kläger Eigentümer ist, und darin scheint mir ein weiteres Argument gegen Ubbelohdes Ansicht[30]) zu liegen, dass sich der weitere Prozess auf ein arbitrium litis aestimandae beschränke.[31])

Dagegen bei den unteilbaren Obligationen, bei welchen die Leistung nicht „praedio debetur“, bei welchen das dingliche Substrat vollkommen fehlt, fehlt auch die Gesamtrechtskraft. Mehrere Deponenten sind nur Teilgläubiger; von zwei Miteigentümern kann der eine deponiert haben, der andere nicht; es kann aber auch ein Nichteigentümer deponiert haben. Hier fehlt es an jeder Voraussetzung der Gesamtrechtskraft. Die Erfüllung der Verbindlichkeit ist gegenüber jedem allein möglich; während dies bei der actio aquae pluviae arcendae nicht zutrifft.

Wir haben diese Frage nicht ohne Vorbedacht angeschnitten. Wenn wir die Solidarität der unteilbaren Obligationen mit Mehrheit der Gläubiger verneinten, so hätten wir, im Rahmen unserer Abhandlung, auch auf eine Dogmatik derselben in keiner Be-

[29]) Vgl. Burckhard a. a. O. S. 524.
[30]) S. 203, 182 N. 76.
[31]) Vgl. im näheren Burckhard S. 526 ff.

ziehung eingehen dürfen. Wenn wir dies dennoch gethan haben, so liegt der Grund darin, weil sich an diese Untersuchung eine weitere, für uns wichtige Frage anreiht.

Wenn nämlich das klassische Recht dem einzelnen Gläubiger nur eine Teilästimation bewilligt, so kommt darin die Geteiltheit der Obligation trotz der Unteilbarkeit der Leistung sehr gut zum Ausdruck. Die Realexekution des späteren Rechtes weist dagegen anscheinend gebieterisch auf die Annahme der Solidarität hin. Indessen muss schon nach römischem Recht der Schuldner in der Mehrzahl der Fälle nur an alle Gläubiger zusammen leisten; verweigert einer der Gläubiger die Empfangnahme, so ist die Erfüllung überhaupt unmöglich. Aber daraus lässt sich nicht schliessen, dass der einzelne Gläubiger sein Interesse in solidum berechnen könnte, wenn er auch die Herstellung oder die Beseitigung eines opus oder die Restitution einer Sache natürlich nicht pro parte fordern kann. In solchem Fall muss der Schuldner freilich solidum restituieren, aber nicht an einen Gläubiger allein; erbietet sich der Gläubiger, der die Leistung fordert, nicht zur Sicherheit, so kann der Schuldner die Leistung überhaupt zurückhalten, ohne zur Leistung des Interesse verpflichtet zu sein und im ersteren Fall kann zwar jeder Gläubiger die ganze Leistung geltend machen; aber das seine Teilberechtigung übersteigende Plus befindet sich ihm gegenüber nur in solutione, nicht in obligatione. Auch in der nachklassischen Zeit des römischen Rechts führt daher die Unteilbarkeit der Leistung nicht zur Solidarität.[32])

II. Einen Fall aktiver Solidarität erblickt Windscheid[33])

---

[32]) Dass ein tiefgreifender Unterschied zwischen Solidarität und Unteilbarkeit besteht, hat auch Waldner S. 165 f. erkannt. Auch er verweist darauf, dass „Rückgewähr in die Hand eines Gläubigers nicht von den anderen befreit“ und schliesst: „Teilleistung ist nicht möglich, Rückleistung in eine Hand nicht ausgemacht; was erübrigt, als Rückleistung zu aller Händen?“ Indessen ist dagegen zu bemerken, dass die Unteilbarkeit der Leistung sehr verschiedenartige Einflüsse äussert, s. oben. Ferner mag gegen Waldner hervorgehoben werden, dass die Geldkondemnation nicht notwendig zur Teilung führt, da jeder Kläger sein Interesse ästimiert, ohne dass seine Mitgläubiger daran gebunden wären. Jeder Gläubiger erlangt vielmehr sein individuelles Interesse; dieses aber ganz. Vgl. Ubbelohde S. 118, 70, 53 N. 12. —

[33]) Pand. II § 298 N. 1. Aber schon Arndts hat sich dagegen erklärt; seiner Begründung freilich, dass die Noxae datio nur in solutione, nicht in obligatione sei (Pand. § 214 N. 1), kann nicht zugestimmt werden. S. Lenel edictum S. 154 ff. und Ihering Jahrb. f. Dogmatik Bd. XXIV S. 132.

in der l. 14 pr. de nox. act. 9, 4 (Ulpianus libro XVIII ad edictum):

> Si quis a multis conveniatur ex noxa eiusdem servi, vel si ab uno, ex pluribus tamen delictis, non necesse habet, quia omnibus dedere non potest, litis aestimationem offere his, quibus dedere non potest. quid ergo est, si a pluribus conveniatur? si quidem unus occupavit, an melior sit condicio, ut ipsi soli dedatur? an vero vel omnibus dedi debeat vel cavere debeat defensu iri adversus ceteros? Et verius est occupantis meliorem esse condicionem. Et itaque dedetur non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit: et ideo ei qui postea vicerit, actionem denegari iudicati.

Von mehreren durch das Delikt eines Sklaven Verletzten ist jeder zur Erhebung der Klage cum noxae deditione berechtigt. Aber es wird nur eine actio iudicati erteilt, dem nämlich, der zuerst Urteil erlangt hat.

Mit Recht streicht Ihering diesen Fall aus den Reihen der aktiven Solidarobligationen.[34]) Wenn nämlich auch die Verpflichtung der noxae datio gegenüber allen Verletzten begründet ist, so bewirkt sie doch keine Solidarität, keine Identität des Gegenstandes der verschiedenen Obligationen. Jede derselben ist auf den Ersatz eines besonderen Schadens gerichtet und es kann daher keine Rede davon sein, dass die Leistung des Schadens an den einen Verletzten den anderen seines Forderungsrechtes berauben würde. Infolgedessen sind auch die Klagen der mehreren Verletzten von einander vollkommen unabhängig; nicht einmal die noxae datio an den einen Gläubiger nimmt dem anderen seinen Anspruch; sondern es erfolgt nur die Denegation der actio iudicati. Aber spricht dies nicht gerade gegen unsere Ansicht? Ich glaube nicht. Es ist nur von der Klage cum noxae deditione die Rede: Man wird die Stelle allerdings damit nicht erklären können, dass die „noxa caput sequitur“: lassen doch die Quellen ersehen, dass das „noxa caput sequitur“ nach der Litiskontestation nicht mehr gilt.[35]) Zwar bestand darüber unter den römischen Juristen Meinungsverschiedenheit. Während nach l. 1 § 1 i. f. D. si ex noxali causa 2, 9 Ofilius annahm, „noxae deditione ceteris noxalem actionem peremi“, nimmt Paulus

---

[34]) eod. S. 133.
[35]) l. 8 D. de nox. act. 9, 4 von Ulpian.

die Fortdauer des Satzes „noxa caput sequitur“ an,[36]) was, auf die l. 14 D. de nox. act. angewendet, die l. 8 bedeutungslos erscheinen lässt. Man wird Bekker darin zustimmen müssen,[37]) dass die Entscheidung des Paulus nichts weniger als rationell ist; sie stellt die l. 14 auf den Kopf, indem sie die „melior condicio occupantis“ der l. 14 in eine peior condicio verwandelt, da nach der Ansicht des Paulus der, welcher zuerst klagt und Urteil erlangt, allerdings den Sklaven erhält, aber mit ihm auch die Haftung gegenüber den anderen Verletzten. Aber dass dies die Meinung des Ulpian, der von den Folgen der noxae datio für den „qui prior ad sententiam pervenit“ schweigt, nicht gewesen ist, ergibt sich gerade daraus, dass „ei dedetur, qui prior pervenit“: dieser Satz verträgt sich nicht mit dem Satze „noxa caput sequitur“, weil sich sonst der Verpflichtete von dem einen Kläger dadurch befreien könnte, dass er dem anderen dedierte. Würde aber die Ansicht des Paulus als die geltende zu betrachten sein, so könnte von Solidarität noch viel weniger die Rede sein, weil dann der Sieger nunmehr den Schuldner des anderen Verletzten bilden würde, mithin die noxae datio an den einen Verletzten den anderen seines Forderungsrechts nicht berauben würde. Aber auch vom Standpunkt Ulpians aus kann man keine Solidarität annehmen: die Obligation des dominus ist eine alternative; Ulpian untersucht, welche Folgen die Unmöglichkeit der einen Leistung hat „quia omnibus dedere non potest“. Der Grund aber, warum er wegen der Unmöglichkeit der einen Leistung die ganze Obligation untergehen lässt, ist offenbar der, dass ihm die Analogie der Alternativobligation überhaupt ungerechtfertigt schien. Wenn der Herr sich von der Haftung dadurch befreien kann, dass er den Sklaven aus seiner Gewalt begibt, auch ohne dass der Delinquent gerade dem Verletzten dediert wird, so muss er den anderen gegenüber auch dadurch frei werden, dass er den Sklaven dem einen Verletzten dediert; seine Haftung ist also bedingt durch das Eigentum am Sklaven. Das wird allerdings durch die Litiskontestation anders. Aber anderseits besteht seine Verpflichtung in nicht mehr, als darin, den Schaden zu ersetzen oder noxae zu dediren; hätte man ihn forthaften lassen, trotzdem er den Sklaven schon dediert hatte, so hätte seine Verpflichtung eine Steigerung erfahren. Um das

[36]) l. 2 pr. D. si ex nox. causa 2, 9 „Sed alio iure utimur“.

[37]) Aktionen I Beilage k.

zu verhindern, lässt Ulpian die actio iudicati denegieren, obwohl er den Satz „noxa caput sequitur“ nach der Litiskontestation nicht mehr gelten lässt. Aber die Deditionspflicht ist trotzdem nicht solidarisch: der Gläubiger verliert sein Recht nicht infolge der Identität des Gegenstandes, sondern obwohl keine Identität besteht. Richtiger wäre es freilich gewesen, anzunehmen, dass der Sklave allen Verletzten zu Miteigentum dediert werden müsse. [38])

III. Als aktive Solidarobligation bezeichnet ferner Puchta den Fall mehrerer Deponenten, welche nicht als Miteigentümer deponiert haben. [39]) Mit Recht wendet Ihering dagegen ein, dass kein Grund besteht, hier keine Korrealität anzunehmen; es ist dies um so weniger der Fall, als nach l. 1 § 44 D. depositi 16, 3 die Solidarität der Berechtigung nur infolge ausdrücklicher Vereinbarung eintreten soll. Wenn es aber in der l. 1⁷ pr. eod. heisst „itaque hoc casu unusquisque in solidum videtur deposuisse“, [40]) so ist m. E. dabei weder an Korrealität, noch an Solidarität, sondern an ein ganz eigenartiges Verhältnis zu denken. Nicht beide Deponenten sind berechtigt, in solidum die Herausgabe des depositum vom Sequester zu begehren, sondern nur einer, der nämlich, der den Prozess gewinnt; die Sequestration wird daher geradezu als bedingte Deposition behandelt, nur mit der einen Modifikation, dass der, dessen Bedingung eintritt, obwohl er der Regel nach pro parte berechtigt sein sollte, solidum verlangen kann. Aber dennoch ist er kein Solidargläubiger: vielmehr sind zwei selbständige Obligationen vorhanden, insofern zwar beide Deponenten bedingt berechtigt sind, aber immer nur einer unbedingt berechtigt sein kann; hier trifft also zu, was Fitting irrigerweise als Kennzeichen der Korrealität behauptete: es kann nur an einen geleistet werden und es ist ungewiss, an wen geleistet werden wird; während aber bei der Korrealität bezw. Solidarität jeder berechtigt ist, „ac si solus stipulatus esset“ ist dieses Verhältnis hier ganz anders: nicht neben, sondern statt des einen ist der andere berechtigt; restituiert der Sequester an dem Unterlegenen, so wird er von dem Sieger nicht befreit, aber auch nicht gegenüber dem Unterlegenen, weil

---

[38]) Vgl. Bekker, Aktionen a. a. O. S. 363 unten. Helmolt S. 56 nimmt gar einen Korrealfall an!

[39]) Puchta, Pand. § 233 N. 1.

[40]) Vgl. l. 6 D. eod. 16, 3.

er diesem infolge des Ausfalls der Bedingung überhaupt nicht mehr haftbar war.[41])

Haben dagegen die Deponenten „in solidum" deponiert, so ist mit Ihering[42]) eine Korrealobligation anzunehmen. Nur darin kann ich ihm nicht beistimmen (hinsichtlich der l. 1 § 44 D. depos.), dass, wenn blosse Solidarität anzunehmen wäre, dies „die nachteilige Folge gehabt hätte", dass der Depositar das gegen den einen Deponenten erzielte freisprechende Urteil nicht dem anderen entgegenhalten könnte. Das ist kein Argument gegen Puchta. Denn wie wir gesehen haben, hat das Urteil auch bei der Korrealobligation keine Gesamtrechtskraft; die Annahme einer blossen Solidarobligation enthält also keine „Benachteiligung" des Depositars.

Wir nehmen daher im Fall des gewöhnlichen Depositums entweder Teilberechtigung oder Korrealität, im Fall der Sequestration keines von beiden, aber auch keine Solidarität an.

IV. Wirkliche aktive Solidarität sucht dagegen Ihering in der Konkurrenz des Mannes mit der Frau bei einer ihnen letztwillig hinterlassenen dos und ebenso in der Koinzidenz des legatum debiti mit dem legatum liberationis. M. E. mit Unrecht.

Nach Ihering haben beide Ehegatten einen selbständigen Anspruch auf Auszahlung der dos, tilgt die einmalige Leistung die Ansprüche beider und kann der Verzicht des Mannes, oder die Litiskontestation über seinen Anspruch die Frau ihres Anspruchs nicht berauben; ebenso haben im zweiten Fall die beiden Legatare ein selbständiges, von dem anderen völlig unabhängiges Forderungsrecht. Aber es handelt sich in beiden Fällen um Forderungen, die auf das nämliche Ziel gerichtet sind, also um Solidarobligationen.[43]) In Gegensatz zu diesen Fällen aktiver Solidarität stellt Ihering den Vertrag zu gunsten dritter Personen[44]) und insbesondere die donatio sub modo. Denn hier handelt es sich nicht um ein selbständiges Recht des Dritten, sondern um ein nur accessorisches Recht, insofern der Dritte dem Vertrag nicht beigetreten ist. Ist dies dagegen geschehen, so liegt nach Ihering auch in diesen beiden Fällen aktive Solidarität vor;[45]) desgleichen im Fall der Schuldübernahme, sofern der

---

[41]) Vgl. l. 9 § 3 D. de dolo 4, 3; Keller, Pand. II S. 20.

[42]) S. 130.

[43]) S. 135, 136.

[44]) S. 141.

[45] S. 143.

Gläubiger dem Vertrage beigetreten ist.[46]) Dagegen wird das Verhältnis von Vater und Tochter gegen den Schuldner der Dotalobligation von Ihering nicht als Solidarität bezeichnet.[47])

Der Grund, weshalb Ihering in den genannten Fällen statt der Korrealität Solidarität annimmt, besteht nur in dem Mangel der Einheit der causa. Wir haben uns schon dahin ausgesprochen, dass die Identität der causa nur als Solidarisierungsmoment in Betracht kommen, dass aber die Solidarität auch auf anderem Weg entstehen kann, so dass für uns kein Anlass besteht, aus diesem Bedenken a priori die Solidarität oder Korrealität bei den fraglichen Verhältnissen zu verneinen. Vielmehr müsste sich aus den Quellen ergeben, dass in diesen Fällen andere Regeln gelten, als wir sie für die Korrealität festgestellt haben, und dass trotzdem Obligationen mit identischer Leistung vorliegen. Betrachten wir zunächst das legatum dotis!

> l. 29 D. de J. D. 23, 3: Ulpianus libro XXXVI ad Sabinum: Cum pater dotem pro filia promittit et dotem legat, si quidem marito legavit, videndum est an legatum valeat, et non puto valere: nam cum creditori debitor legat id quod debet, nullum legatum est. quodsi filiae legavit, valet legatum: dos enim ex promissione marito debetur, legatum filiae ....[48]) si mulier legatum petat, opposita doli exceptione non alias cogetur ei heres legatum solvere, quam si caverit indemnem hoc nomine heredem futurum adversus maritum ex promissione agentem: sed si maritus agat, nihil de indemnitate eum cavere oportebit, verum mulier post eum agens exceptione repelletur, quia semel dos praestita est.
>
> l. 84 § 6 D. de leg. I° Julianus libro XXXIII digest.: Cum pater pro filia sua dotis nomine cautum promisisset, deinde eidem cautum eadem legasset, doli mali exceptione heres tutus erit, si et gener ex promissione et puella ex testamento agere instituerit: convenire enim inter eos oportet, ut alterutra actione contenti sint.

Ulpian unterscheidet, ob zuerst der Mann oder die Frau klagt. Im letzteren Fall kann der Erbe Kaution dafür ver-

---

[46]) S. 144.

[47]) S. 147.

[48]) Über den hier weggelassenen Zwischensatz vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 187.

langen, dass der Mann ihn nicht aus der promissio dotis belangen werde; im ersteren verweist er den Erben auf die exceptio doli. Diese Verschiedenheit erklärt Ihering damit,[49]) dass mit der Auszahlung an den Mann auch die Frau die dos habe, dass dagegen durch die Auszahlung an die Frau die dos nicht bestellt werde. So richtig dies ist, so kann doch darin der Grund der Entscheidung nicht liegen; es liegt ja ein legatum dotis promissae vor, die dos ist also schon vorher bestellt gewesen.[50]) Aber selbst wenn sie es nicht gewesen wäre, würde sie, da das Legat ipso iure erworben wird, dem Mann mit dem Anfall des Vermächtnisses erworben worden sein.[51]) Was der Mann also aus der Promission oder dem Legat einklagen kann. ist nicht Bestellung der Dos, sondern Auszahlung desselben. Wenn daher Ulpian in dieser Stelle sagt: „quia dos semel praestita est", so kann sich dies, wenn es sich auch auf die Auszahlung des Legats bezieht, doch nicht darauf gründen, dass mit der Auszahlung erst eine dos erworben würde. Nur ist die Auszahlung an den Mann numeratio dotis, an die Frau Erfüllung des Legats; daher ist von Korrealität keine Rede, aber auch nicht von Solidarität. Läge eine Solidarobligation vor, so müsste die Leistung an den einen Gläubiger den Schuldner auch von dem anderen ipso iure befreien; dies ist hier nicht der Fall, mag an den Mann oder an die Frau geleistet werden. Und wenn in der l. 84 § 6 Julian die beiden Eheleute auf die „alterutra actio" beschränkt, so ist zwar klar, dass die eine actio die andere nicht ipso iure konsumiert, aber es ist ebenso gewiss, dass nicht die Erfüllung der einen Obligation erst die andere Klage vernichtet. sondern bereits die Geltendmachung der einen Klage: mit Recht: denn zwei Klagen auf den nämlichen Gegenstand haben wohl bei mehreren Schuldnern, nicht aber bei mehreren Gläubigern Sinn. Julian drückt sich daher ganz ebenso aus, als wenn die beiden Klagen im Konsumptionsverhältnis stünden; aber das Mittel dieser Konsumption ist nicht die exceptio rei in iudicium deductae, sondern die exceptio doli.

Wenn aber die Klagerhebung oder Leistung nicht ipso iure Gesamtwirkung hat, worauf beruht dann die Befreiung per exceptionem? Unzweifelhaft darauf, dass der Testator die dos

---

[49]) S. 150.
[50]) Vgl. Dernburg, Pand. III S. 30.
[51]) Vgl. Czyhlarz, Dotalrecht S. 138.

nicht verdoppeln will, wenn er „eadem centum" vermacht.[52]) Der Gedanke ist also der nämliche wie bei der Stipulationskorrealität oder dem subjektiv-alternativen Vermächtnis. Warum aber dann keine Korrealität?

Der Grund liegt in einem doppelten: das legatum dotis promissae kann keine Korrealität hervorbringen, weil keine unitas actus vorliegt. Vor den Anfall des Legats hat der Ehemann eine einfache condictio aus der promissio dotis, über die er ganz allein zu verfügen berechtigt ist. Durch das legatum debiti eine Korrealobligation begründen, hiesse die Lage des bisherigen Alleingläubigers verschlechtern, indem man ihm einen Gläubiger an die Seite gibt, durch dessen factum er „amittere debitorem potest".[53]) Ganz derselbe Grund spricht aber auch gegen die Solidarität: wenn auch der Testator nur eine einmalige Leistung will, so kann er doch nicht verfügen, dass die Leistung an eine dritte Person der Leistung an seinen Gläubiger gleichwert sein solle; nur die Berechtigten, nicht die Verpflichteten, können auf ein Individualisierungsmoment verzichten. Ein anderer Grund besteht darin, dass, was dem Ehemann gegenüber dos ist, für alle anderen Personen nicht dos ist, weil eine dos nur dem Ehemann bestellt werden kann. Eine promissio dotis ist nur gegen den Ehemann möglich,[54]) anderen Personen gegenüber schlechthin undenkbar; deshalb ist auch eine Korrealstipulation von Mann und Frau auf Bestellung einer dos ein Unding.[55]) Ebenso in unserem Fall: da die Frau keine dos erhalten kann, kann ihr keine geschuldet werden und die Leistung an den Mann — dotis numeratio — ist daher nicht Leistung an die Frau und umgekehrt. Wenn daher Julian die beiden Fälle gleich behandelt und gegen den Mann wie gegen die Frau im Fall der Doppelforderung exceptionem doli gewährt, so ist dies ganz folgerichtig, nach dem soeben entwickelten Gesichtspunkt; nicht minder entsprechend aber ist die Unterscheidung des Ulpian aus dem ersten; insofern nämlich das legatum dotis den Mann als den bereits Berechtigten, überhaupt nicht beeinträchtigen, während der Frau nur ein bedingter Anspruch gewährt werden kann. Deshalb

---

[52]) Weshalb die weggelassene Bemerkung der Kompilatoren recht überflüssig ist.

[53]) l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2.

[54]) l. 59 pr. D. de J. D. 23, 3; l. 8 D. de stip. serv. 45, 3; Bechmann, Dotalrecht II S. 41.

[55]) l. 15 D. h. t. 45, 2.

kann der Mann seine Leistung ohne jede Beschränkung fordern und die Klage der Ehefrau wird nach der Leistung exceptione zurückgewiesen; deshalb muss umgekehrt der Frau nur gegen Kaution geleistet werden, weil die Leistung an sie dem Ehemann gegenüber vollkommen gleichgültig ist.

Damit glaube ich gezeigt zu haben, dass dieser Fall keineswegs als „aktive Solidarität" bezeichnet werden kann. Wir vermögen freilich auch Bechmann nicht zuzustimmen, wenn er ausführt, dass durch die Auszahlung des Legats an den Mann der Legatar auch der Frau gegenüber „unbedingt befreit sei",[56] wenn damit die Befreiung ipso iure gemeint sein soll.[57] Wir können aber auch den inneren Grund, den Bechmann gegen die Korrealität des fraglichen Verhältnisses anführt, nicht ganz acceptieren: dass nämlich das legatum dotis stets beiden zu gute komme, während die Korrealforderung immer nur für einen Korrealgläubiger von Vorteil sei; denn dies trifft zwar thatsächlich zu, ist aber ohne rechtliche Konsequenz, während das legatum dotis promissae dem Ehemann zwar nichts nehmen kann, aber auch keinen Vorteil bietet.[58]

Es ist also gar nicht richtig, was Ihering an der Stelle, die er selbst als seine Beweisführung bezeichnet,[59] behauptet,[60] dass nämlich die einmalige Leistung von seiten des Erben beide Ansprüche tilge, weil beide dadurch befriedigt seien; die Argumentation, dass, weil hier zwei selbständige Ansprüche vorliegen, welche nur darin zusammentreffen, dass die Leistung an den einen mittelbar die Befriedigung des anderen bewirkt, die exceptio doli erklärlich sei,[61] müsste bei der Iheringschen Definition der Solidarität[62] zu der Annahme führen, dass auch bei der passiven Solidarobligation die solutio von seiten des einen Schuldners dem anderen nur die exceptio doli gewähre, was wir längst als irrig bezeichnet haben.

Nach Ihering[63] liegt eine aktive Solidarobligation auch im

---

[56]) Dotalrecht II S. 130 Z. 3.

[57]) Was aus S. 131 Abs. I erhellt.

[58]) Wenn l. 71 § 3 D. de cond. 35, 1 sagt „in dotem solutio convertitur", so bezieht sich dies nicht, wie Ihering meint (S. 151) auf die Zahlung seitens der Frau an den Mann, sondern auf die unmittelbare Leistung an den letzteren.

[59]) S. 148 oben.

[60]) S. 135.

[61]) S. 150.

[62]) S. 135 ff.

[63]) S. 151 ff.

Fall des legatum dotis non promissae vor.[64]) Wir wollen von vornherein nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, dass in diesem Fall die beiden Berechtigungen gewiss auf einem Legat beruhen: Titio genero meo heres meus dotis Seiae filiae meae nomine centum dato, dass also der einzige Grund, den Ihering gegen die Annahme der Korrealität angeführt hat, die Selbständigkeit des Verpflichtungsgrundes, hier absolut nicht zutrifft. Dieses Legat ist vielmehr in noch höherem Grad eine einheitliche Verfügung, als das Legat „Titio aut Sempronio, utri heres velit". Dabei wollen wir dahingestellt lassen, ob die l. 71 § 3 D. de condicionibus 35, 1, welche die einzige Stelle ist, die beiden Ehegatten ein Forderungsrecht aus der vorstehend genannten Legatsformel gewährt, von Papinian herrührt; man wird diese Entscheidung der Frage keineswegs als die beste bezeichnen können.[65]) Dass aber trotz der eadem causa keine Korrealität vorliegt, ergibt sich nicht daraus, dass das Urteil nicht Rechtskraft gegen beide Gläubiger wirkt,[66]) sondern daraus, dass nicht jeder von ihnen die Leistung vorbehaltlos fordern kann. Die Leistung soll dotis causa erfolgen: sie muss daher direkt oder indirekt an den Mann gelangen. Die Frage, ob die Leistung an den Mann das Forderungsrecht der Frau ipso iure oder nur per exceptionem untergehen lässt, wie im ersten Fall,[67]) kann auf sich beruhen; die andere Frage, ob die Leistung an die Frau den Mann seines Anspruchs beraubt, wird in der l. 71 § 3 D. cit. ausdrücklich verneint: nam et si quis ipsam quoque petitionem habere responderit eaque pecuniam petat neque dotis fieri velit, non dubie doli summovebitur exceptione. Dass es nicht auf den Willen als solchen anzukommen hat, sondern auf seine Manifestation, und dass diese in der Bestellung oder Verweigerung der Kaution liegt, wie sie die l. 29 D. de J. D. 23, 3 fordert, wird nicht zweifelhaft sein können; dann haben wir aber auch das nämliche Verhältnis wie im ersten Fall, der Konkurrenz zwischen dem Legat und der promissio. Die Leistung an die Frau befreit nicht von dem Manne; die exceptio doli ist das Zwangsmittel, um hier wie dort

---

[64]) Der Fall wird von den römischen Juristen verschieden behandelt. Siehe l. 48 § 1 D. de J. D. 23, 3; l. 69 § 2 D. de leg. I°; l. 71 § 3 D. de cond. 35, 1.

[65]) Wie Ihering S. 154 annimmt.

[66]) Ihering S. 161. Einen Beweis für die Gesamtrechtskraft bei der aktiven Korrealität hat Ihering nicht erbracht.

[67]) Für letzteres Ihering S. 160.

die Sicherung gegen die Nachforderung von seiten des Mannes zu erlangen. Was aber die von Ihering angeführte Beschränkung der Rechtskraftwirkung betrifft, so ist sie in der Stelle zwar deutlich ausgesprochen: quod si maritus vitio suo causa acciderit neque solvendo sit, numquid adversus heredem mulieri, quae nihil deliquit, succurri debeat ob eam pecuniam, quae doti fuerat destinata? sed quoniam ambo legati petitionem habuerunt, salvam habebit, non soluta pecunia viro, actionem, welche Untersuchung sich allerdings auf die Frage der Prozesskonsumption bezogen haben wird, aber doch die Gesamtrechtskraft als nicht vorhanden voraussetzt.[68]) Aber was beweist das für die Solidarität? Die Rechtskraftwirkung contra omnes bei den Korrealobligationen ist eine unbegründete Annahme; aber wenn sie selbst begründet wäre, wäre hier ein argumentum e contrario zulässig? Doch wohl nur dann, wenn sonst ein tertium comparationis vorhanden wäre. Würde mit Sicherheit aus anderen Gründen unser Fall unter die Solidarobligationen „im weiteren Sinn“ eingereiht werden können, so würde die Verneinung der Gesamtrechtskraft ein Argument gegen die Zurechnung zu den Korrealobligationen und damit für die Richtigkeit der Ribbentropschen Unterscheidung auch auf der Gläubigerseite bilden; aber dass die Solutionswirkung ein solches tertium comparationis keineswegs bilden kann, dürfte aus den vorstehenden Ausführungen einleuchten. —

An letzter Stelle behandelt Ihering den Fall des legatum dotis an die Frau.[69]) Ihering erkennt an, dass die Quellen über denselben keinen Aufschluss geben, auch, dass in dem zuerst besprochenen Fall das legatum dotis p r o m i s s a e nur der Frau, nicht auch dem Mann einen Anspruch gab; trotzdem glaubt er, dass dann, wenn d e r F r a u eine dos vermacht wird, die dem Mann noch nicht versprochen war, dem Mann eine Klage zustehen müsse. Er begründet dies damit, dass dieser Fall ganz dem zweiten Fall, dem Vermächtnis der dos an den Mann, entspreche und dass der Satz „non tantum mulieri, sed Titio quoque consultum videtur“ [70]) auch hier ins Gewicht falle. Man kann dem zustimmen, ohne deshalb zur Annahme der Solidarität zu gelangen. Aber es spricht auch etwas gegen die ganze Argumentation: ein Anspruch des Mannes kann nur dann in Frage

---

[68]) Über das „neque solvendo sit“ s. Ihering S. 162.
[69]) S. 163.
[70]) l. 71 § 3 D. de condic. 35, 3 cit.

kommen, wenn das Legat ausdrücklich dotis nomine gegeben ist. Nun kann aber eine dos nur dem Mann gültig bestellt werden; ein legatum dotis an die Frau ist schlechterdings unmöglich. Von diesem Gesichtspunkt aus wäre das Legat gegenüber beiden Ehegatten wirkungslos: dem Mann, weil ihm nichts vermacht ist, der Frau, weil ihr keine dos vermacht werden kann. Die Sache liegt also hier einigermassen anders als im zweiten Fall, wo der Mann unter allen Umständen die Klage hat, weil ihm gültig vermacht ist. Dass das Versprechen einer dos an die Frau als nichtig zu behandeln wäre, darf man unbedenklich annehmen;[71]) ob die Römer das Legat wegen des favor testamenti anders behandelt haben, ist eine ganz andere Frage. Gegen die Frau wird man alsdann allerdings dem Mann eine Klage nach den Grundsätzen der donatio sub modo einräumen müssen;[72]) aber von Solidarität wäre dabei natürlich keine Rede.

V. Des weiteren nimmt Ihering eine aktive Solidarobligation im Fall der Koinzidenz des legatum debiti mit dem legatum liberationis an: wenn der Testator dem Erben auferlegt, die Schuld eines anderen zu bezahlen (legatum debiti alieni und liberationis) oder einem der Erben, die Schuld des Testators zu bezahlen, in welchem Fall hinsichtlich der anderen Erben ein Liberationslegat, im übrigen ein legatum debiti proprii vorliegt.[73])

Die Erfüllung des Legats im ersten Fall bringt nun allerdings die Wirkung hervor, dass der Schuldner befreit wird und der Gläubiger seine Forderung einbüsst. Es ist auch richtig, dass diese Wirkung eintreten kann, ohne dass beiden Personen ein Anspruch zukommt oder dass beide Personen auf die Erfüllung des Vermächtnisses klagen können. Und ebenso richtig ist, dass Ulpian in l. 11 § 20 D. de leg. III° die erste Möglichkeit, in l. 11 § 21 die zweite vor Augen gehabt hat:

> Plerumque eveniet multorum interesse id quod relinquitur, verum testatorem uni voluisse honorem habitum, et est haec sententia Marcelli verissima.
>
> § 21: Sic evenit, ut interdum, si pluribus testator honorem habere voluit et de pluribus sensit, quamvis unum legatum sit, tamen ad persecutionem eius plures

---

[71]) Vgl. l. 59 pr. D. de J. D. 23, 3; l. 8 D. de stip. serv. 45, 3; l. 15 D. h. t. 45, 2; Bechmann II S. 41.

[72]) Vgl. Bechmann II S. 42.

[73]) S. 174.

admittantur. utputa si decem fuerunt eiusdem[74]) rei stipulandi et heres vel fideicommissarius rogatus est ut eis solveret: hic enim si omnium interest et de omnibus sensit testator, fideicommissum relictum omnes petere potuerunt: sed utrum in partem agent an in solidum, videamus: et credo, prout cuiusque interest, consequentur: unus igitur qui occupat agendo totum consequitur ita, ut caveat defensu iri adversus ceteros fideicommissarios eum qui solvit, sive socii sunt sive non.

Die letztere Stelle bietet insofern eine Eigentümlichkeit, als die Gläubiger, welchen das debitum legiert wird, Korrealgläubiger sind. Hier soll „occupantis melior condicio“ sein und der, welcher zuerst die Klage erhebt, die anderen ausschliessen; aber er muss cavieren, dass er den Erben gegen die anderen Vermächtnisnehmer defendieren werde. Das ist auffällig, weil in der Regel die Leistung an einen Korrealgläubiger die Ansprüche der anderen untergehen lässt und weil schon die Litiskontestation mit dem einen Korreus den anderen ausschliesst, was beides hier nicht der Fall ist. Verständlich wird diese Besonderheit nur dann, wenn man berücksichtigt, dass nicht der Schuldner leistet, sondern der Erbe und dieser um eine Liberalität zu erfüllen, die ihm der Testator aufgetragen hat: Massgebend ist nicht der Wille der Gläubiger, sondern des Testators, welcher vermutlich allen etwas zuwenden wollte. Um diese Absicht mit der Gestaltung der Obligation zu vereinigen, wird ein Mittelweg eingeschlagen, der dem Kläger seine Eigenschaft als Korrealgläubiger lässt und doch bewirkt, dass die Leistung den anderen zu gute kommt.

Mehr ist in dieser Stelle nicht gesagt. Die plures, die der Testator honorieren wollte, sind nicht die Gläubiger und der Schuldner, sondern die Gläubiger allein; die ganze Erörterung bezieht sich auf das „plures ad persecutionem admittuntur“; wie soll diese persecutio erfolgen? Für Ihering, der nach der voluntas testatoris drei Fälle unterscheidet, nämlich

1. dass der Testator den Schuldner allein bedenken wollte,
2. dass der Testator die Gläubiger allein bedenken wollte, oder
3. dass er beide bedenken wollte,[75])

---

[74]) ins. rei. Mommsen streicht das „eiusdem“.
[75]) S. 175.

fällt also die Stelle nicht, wie er annimmt, unter den dritten, sondern unter den zweiten Fall; sie handelt also gar nicht von dem Fall, der Ihering und uns allein zu beschäftigen hat. Es ist daher eine blosse Behauptung, dass im dritten Fall jeder der beiden Teile (Gläubiger und Schuldner) eine von dem anderen völlig unabhängige Stellung habe, so dass „Verzicht, Vergleich und res iudicata in der Person des einen dem anderen nicht schaden, sondern nur die Zahlung mit dem Anspruch aus dem legatum debiti auch den aus dem legatum liberationis tilgen würde". [76]) Sehen wir, ob sich dies aus den anderen Stellen ergibt:

> l. 3 § 5 D. de lib. leg. 34, 3 Ulpianus libro XXIII ad edictum: Utrique autem legatarii habentur et in hoc casu. nam et si quod ego debeo Titio, sit ei legatum mei gratia, ut ego liberer, nemo me negabit legatarium, ut et Julianus eodem libro scribit. [77]) Et Marcellus notat utriusque legatum esse tam meum quam creditoris mei, etsi solvendo fuero: interesse enim creditoris duos reos habere.
>
> l. 4 D. eod. Pomponius libro VII ex Plautio: Quid ergo est, cum agere poterit creditor ex testamento? non aliter heres condemnari debebit, quam si caveatur ei adversus debitorem defensu iri. Item agente debitore nihil amplius heres praestare debet, quam ut eum adversus creditorem defendat.

Diesen Stellen entnehmen wir den Einwand, den Ihering selbst erhoben, um ihn vorsorglich zu entkräften: die beiden Obligationen haben nicht den nämlichen Gegenstand. Nur mittelbar treffen sie zusammen, in dem debitum oder der actio, deren Wert vermacht ist. Die eine Forderung geht auf Bezahlung, die des anderen dagegen auf Defension, darauf, dass ihn der Erbe gegen den Gläubiger vertrete. Dass damit dem Interesse des Schuldners vollkommen genügt war, muss Ihering zugegeben werden; aber rechtfertigt dies Iherings Konstruktion dieses Verhältnisses? Bei der Solidarität haben wir mehrere Gläubiger, die das Nämliche zu fordern haben; gleichgültig ist, an wen geleistet werden soll; hier haben wir ein ganz anderes Verhältnis, und können niemals, wie Ihering meint, [78]) „durch Erweiterung

[76]) S. 176.
[77]) XL Digestorum l. 18 § 2 D. de m. c. don. 39, 6.
[78]) S. 177.

des Begriffes der Zahlung zu dem der Befriedigung“ die fehlende Koinzidenz der beiden Legate erreichen. Durch Befriedigung des einen Gläubigers wird der andere weder befriedigt,[79]) noch auch seiner Forderung ledig, wie die l. 4 deutlich genug ersehen lässt. Damit, dass der Erbe für ihn eintritt, ist der Schuldner befriedigt, aber nicht der Gläubiger; sonst würde man zu dem erstaunlichen Ergebnis gelangen, dass der Gläubiger nur mit dem Erben als dem defensor des Schuldners litem zu kontestieren brauchte, um beider Schuldner verlustig zu gehen. Dadurch wäre das Interesse, welches die l. 5 § 5 dem Gläubiger zubilligt, „duos reos habere“, in etwas sonderbarer Weise gewahrt.

Vielmehr muss der Gläubiger erst bei dem Defensor seine Befriedigung suchen. Anderseits befreit die Leistung an den Gläubiger den Erben vom Schuldner nicht ipso iure, nicht einmal per exceptionem doli, von dem anderen Legatar, sondern er haftet trotz der Zahlung diesem weiter und kann sich nur durch den Gläubiger defendieren lassen. Daraus ergibt sich aber weiter, dass anscheinend die Zahlung des Erben an den Gläubiger auch den Schuldner von diesem Gläubiger nicht ipso iure befreit; denn wie hätte der Erbe sonst dem Schuldner verhaftet bleiben können? Augenscheinlich war den römischen Juristen die Vorstellung vollkommen fremd, dass einer zugleich im eigenen und im fremden Namen leisten könne; leistete er im eigenen Namen, so wurde nur er frei, leistete er im Namen des Schuldners, nur dieser. Daraus folgt, dass auch bei der Solidarität und Korrealität die Wirkung der solutio nur unter den Gesichtspunkt der Reflexwirkung gestellt werden kann, nicht unter den der Erfüllung, wie dies auch das Ergebnis unseres ersten Kapitels ist; unser Fall unterscheidet sich aber sowohl von der Korrealität als auch von der Solidarität dadurch, das die Leistung an den einen Gläubiger eine solche Reflexwirkung nicht äussert, dass sich vielmehr die Wirkung derselben auf die Person dessen beschränkt, der die Leistung empfing.

Der Grund dieser Verschiedenheit kann gewiss nur in der Verschiedenheit des Wesens dieser Verhältnisse zu suchen sein. Bei der Solidarität haftet einer neben dem anderen, ist einer neben dem anderen berechtigt; in unserem Fall erhält zwar der Gläubiger zu dem ersten Schuldner einen zweiten, erhält der Erbe zwei Gläubiger. Aber beide haften nicht für die näm-

[79]) Auch nicht bei der Korrealobligation.

liche Leistung, sind nicht auf die nämliche Leistung berechtigt. Die Verschiedenheit dieses Verhältnisses von der Solidarität zeigt sich in vollster Klarheit in Bezug auf die beiden Schuldner. Der eine soll den anderen defendieren und dadurch befreien, der andere defendiert nicht den einen, sondern sich selbst. Auch wenn man mit Brinz und Waldner annehmen würde, dass Korrealschuldner sich gegenseitig defendieren, würde die gänzliche Verschiedenheit dieses Verhältnisses von der passiven Korrealität ins Auge springen:[80]) mehrere Korrealschuldner und Solidarschuldner defendieren entweder nur sich selbst oder auch den Mitschuldner; hier aber defendiert der eine nur sich, der andere nur seinen Mitschuldner. Der Schuldner muss sich zwar auf die Litiskontestation mit dem Gläubiger einlassen, kann aber vom Erben verlangen, dass dieser ihn defendiere; geschieht dies, so wird der Erbe alieno nomine belangt, wie der Umstand zeigt, dass dann die Intentio auf den Namen des Schuldners gestellt war. Wird dagegen der Erbe vom Gläubiger belangt, so lautet die Intentio auf den Namen des Erben; es wird seine Verpflichtung ex testamento eingeklagt. Defendiert der Erbe den Schuldner, so wird natürlich der Schuldner durch die Litiskontestation befreit; anders, wenn der Erbe **bezahlt**, oder der Schuldner litem kontestiert oder bezahlt. Wie hienach von passiver Korrealität oder Solidarität hier keine Rede sein kann, so liegt auch keine aktive Solidarität vor. Die beiden Gläubiger haben Ansprüche, die nicht einmal das Objekt gemeinsam haben; es liegt hier ebensowenig eine Solidarobligation vor wie im Fall der fideiussio zwischen dem Haupt**gläubiger** und dem Schuldner, der gegen den Bürgen die actio mandati hat.

Es kann daher nichts verschlagen, dass „jede andere Art der Befriedigung des Gläubigers als Erfüllung des Legats anzusehen sein würde;[81]) dies ist einerseits nichts der Solidarobligation Eigentümliches, anderseits aber auch nur insofern wahr, als auch die Zahlung eine „Erfüllung des Legats“ enthält. Wie dies nur dem Gläubiger gegenüber der Fall ist, so wirken auch jene Akte nur zwischen dem Erben und dem Gläubiger und letzterer muss dem Erben Sicherheit leisten, dass er nicht von dem Schuldner belangt werde.

Ihering führt noch eine andere Fassung des fraglichen

[80]) Fitting S. 143 schwankt freilich, ob Korrealität anzunehmen ist.
[81]) Wie Ihering S. 177 meint.



Legats als möglich an: wenn es gegenüber beiden Legataren ausdrücklich auf die Zahlung gestellt ist, so soll „auch derjenige, welcher in dem eben besprochenen Verhältnis die Annahme einer aktiven Solidarobligation von der wörtlichen Identität der beiden Legataren geschuldeten Leistung abhängig machen wollte, das Dasein einer Solidarobligation zugeben müssen“. Aber auf die Fassung des Legats kommt es mir bei meiner Polemik gar nicht an; nur auf die Rechtssätze, welche die Quellen für den besprochenen Fall gelten lassen. Und diese müssen auch in dem modifizierten Fall gelten. Ihering behauptet zwar, dass die Kaution „adversus debitorem defensu iri“ heute in Wegfall kommen müsse;[82]) mit welchem Recht, ist nicht ersichtlich. Vom Prätor erzwingbare Kautionen haben wir allerdings nicht mehr, aber die Kaution bildet einfach eine Bedingung des Klageanspruchs. Ihering verweist bezüglich der Kaution auf die oben erwähnte exceptio doli bei der Konkurrenz des legatum dotis mit der promissio dotis; aber uns ist auch nicht ersichtlich, warum diese exceptio heute in Wegfall gekommen sein soll. Und überdies besteht immer noch eine einschneidende Verschiedenheit zwischen der Solidarität und diesem Fall: selbst wenn beide Gläubiger „Bezahlung“ verlangen können, so kann doch im letzteren Fall nur einer fordern, dass an ihn bezahlt werde, der andere nur, dass für ihn an den Gläubiger geleistet werde. Es liegt also auch hier keine aktive Solidarobligation vor.[83])

Es mögen hier noch zwei Fälle betrachtet werden, die Ihering zwar bei den aktiven Solidarobligationen, aber keineswegs in gleich eingehender Weise wie die eben besprochenen Fälle, behandelt.

Zunächst der Vertrag zu gunsten Dritter, wenn dem dritten eine Klage gegeben ist. Wie sehr dieser Fall von einer aktiven Solidarobligation verschieden ist, hat Ihering nicht verkannt: „Das einzige, was er mit dieser gemein hat, besteht darin, dass zwei Ansprüche existieren, welche auf eine und dieselbe Leistung gerichtet sind und durch Vornahme derselben getilgt werden; aber diese beiden Ansprüche sind nach ihrer juristischen Anlage völlig verschieden.[84]) Denn der Dritte hat nur ein accessorisches

---

[82]) S. 178.

[83]) Die Ausführungen über die Erkennbarkeit der voluntas testatoris bei Ihering S. 178 ff. gehören nicht in den Rahmen dieser Abhandlung.

[84]) S. 143.

Recht, welches mit dem der Vertragspartei steht und fällt und welches daher dem Willen der letzteren ganz in die Hand gegeben ist.

Darin wird man Ihering zustimmen können. Aber wenn hier keine Solidarität vorliegt, so erhebt sich die Frage, warum die Leistung an den einen Gläubiger den anderen ausschliesst? Dabei ist denn vor allem im Auge zu behalten, dass unter den beiden Klagberechtigten nur einer ist, an den geleistet werden kann; der Stipulant klagt, dass an den Dritten geleistet werde; der Dritte, dass an ihn geleistet werde. Die Leistungen, auf welche die beiden Klagen gehen, sind also geradezu auch subjektiv identisch. Darin liegt ein weiteres erhebliches Unterscheidungsmerkmal gegenüber den Solidarobligationen. Bei diesen muss die Identität herbeigeführt werden; bei jenen ist sie von vornherein gegeben. Eine Leistung, einer, an den geleistet werden muss, einer, der leisten muss, eine causa. Und wenn die Leistung an den Dritten dem Stipulanten die Forderung entzieht, so ist dies doch nicht umgekehrt der Fall, es sei denn, dass in der Annahme der Leistung von seiten des Stipulanten eine Aufhebung des Vertrags liegen würde. Jedenfalls kann der Stipulant den Dritten um seinen Anspruch bringen, aber niemals die Leistung an sich selbst verlangen. Warum? Weil die Leistung an den Dritten wohl sich selbst gleich ist, mag sie von wem immer veranlasst sein, aber nicht identisch ist mit der Leistung an den Stipulanten.

Das Nämliche gilt aber, wenn der Dritte dem Vertrage beitritt. In diesem Fall erlangt er „ein selbständiges, von dem Stipulanten völlig unabhängiges Recht".[85]) Ihering wirft nun die Frage auf, wie das Verhältnis der beiden auf die nämliche Leistung gerichteten Ansprüche zu denken sei, und beantwortet sie zunächst negativ: Jedenfalls nicht als Korrealobligation. Indessen ist doch sehr zweifelhaft, ob hier keine Gesamtkonsumption eintritt; wäre dies der Fall, dann würde eines der Merkmale, die Ihering der Korrealobligation zuspricht, der Solidarobligation aberkennt,[86]) vorhanden sein. Jedenfalls aber besteht auch hier das Moment, in welchem sich die Verschiedenheit sowohl von der Korrealität als auch von der Solidarität ausspricht, dass, mögen die Klagerechte noch so selbständig von einander sein, nur e i n e r der beiden Gläubiger der Empfangsberechtigte ist.

Ebenso im Fall der Schuldübernahme. Solange der Gläubiger

[85]) Ihering S. 143.
[86]) S. 135.



dem Vertrag nicht beigetreten ist, hat er neben seinem Schuldner den Anspruch gegen den Übernehmer; aber dieser Anspruch ist von dem Bestand des Übernehmervertrags abhängig, da der Schuldner denselben beliebig wieder aufheben kann. Tritt dagegen der Gläubiger dem Vertrage bei, so verliert der Schuldner die Möglichkeit, den Übernahmevertrag rückgängig zu machen; der Gläubiger ist neben dem Schuldner und selbständig von ihm berechtigt, falls die Übernahme nicht in Form der Novation erfolgt ist. Es stehen also dem Übernehmer zwei Gläubiger gegenüber, welche beide gegen denselben einen auf Zahlung gerichteten Anspruch haben.[87]) Aber es liegt weder eine Korreal- noch eine Solidarobligation vor. Denn der Anspruch des Gläubigers geht, wie beim legatum debiti, dahin, dass der Übernehmer an ihn zahle, der des Schuldners, dass er an den Gläubiger zahle. Es fehlt also gerade das, was wir als das charakteristische Moment der Solidarität bezeichnet haben, dass nämlich an jeden Gläubiger mit der nämlichen Wirkung geleistet werden kann. Die Obligationen sind nur gegenüber dem einen Gläubiger identisch; daher befreit die Leistung an den Gläubiger den Übernehmer von dem Gläubiger wie vom Schuldner; die Leistung an den Schuldner befreit dagegen den Übernehmer überhaupt nicht.

Fragen wir aber, worauf es beruht, dass mit der Leistung an den Gläubiger die Forderung des Schuldners gegen den Übernehmer untergeht, so müssen wir die Vorfrage stellen, ob dieser Untergang dem römischen Recht, welches ja die Schuldübernahme noch nicht kannte, überhaupt entspricht. Diese Frage müssen wir im Anschluss an die beiden erstgenannten Fälle verneinen. Wir haben gesehen, dass im Fall der Koinzidenz des legatum debiti mit dem Liberationslegat die Befreiung nicht, nicht einmal ope exceptionis, eintrat; wir müssen das Gleiche auch in diesem Fall annehmen. Der Schuldübernehmer erfüllt, wenn er an den Gläubiger leistet, eine eigene Verbindlichkeit. Daher kann nicht davon die Rede sein, dass er die des Schuldners erfülle; vielmehr muss er sich vom Gläubiger cautio defensu iri bestellen lassen. Denn dem Römer war die Vorstellung, dass einer mit der eigenen Verbindlichkeit zugleich eine fremde erfüllen könne, vollkommen ungeläufig, auch die Solidarität bildet davon keine Ausnahme.[88]) Wenn wir aber, über das römische

---

[87]) Ihering S. 144.

[88]) Das Gesagte trifft allerdings nur unter der Voraussetzung zu, dass

Recht hinausgehend, den Übernehmer durch seine Leistung an den Gläubiger auch von dem Schuldner befreit werden lassen, so beruht dies auf einem ganz anderen Gedanken, als die Gesamtwirkung der solutio bei der Solidarität. Der Übernehmer wird von dem Schuldner befreit, weil er mittelbar ihm erfüllt hat; bei der Solidarität dagegen wird der Schuldner von dem einen Gläubiger befreit, obwohl er nicht an ihn — weder direkt noch indirekt, — sondern nur an den anderen Gläubiger geleistet hat.

Wir gelangen also zu dem Ergebnis, dass auch die von Ihering angenommenen aktiven Solidarobligationen abgelehnt werden müssen, dass die Korrealobligationen, welche auf Vertrag, Testament oder Gesetz beruhen, die einzigen Fälle aktiver Solidarität sind.

Dabei verkennen wir eines nicht: Wir haben hier keinen festen Begriff der „Solidarität“ unserer Untersuchung zu Grunde gelegt. Was wir als Solidaritätsbegriff bezeichnet haben, haben wir ausschliesslich an den aktiven Korrealobligationen entwickelt. Man mag dies für einen logischen Fehler halten; wir aber gestehen offen, dass uns keine andere Methode zur Verfügung stand. Wir halten es für verfehlt, a priori den Begriff eines Instituts zu entwickeln und in ihm die einzelnen Rechtssätze unterzubringen. Wollen wir aber den Begriff der aktiven Solidarität aus dem Positiven entwickeln, so bleibt uns nichts übrig, als die Korrealobligationen zu Hilfe zu nehmen, da sie eben die einzigen unbestrittenen Fälle aktiver Solidarität bilden, und wir dürfen dies umsomehr, als wir unseren Korrealitätsbegriff nicht aus der Wirkung der Litiskontestation, sondern der Wirkung der Solution

---

im heutigen Recht noch dieser Gedanke, dass einer nicht für sich und einen anderen gleichzeitig erfüllen kann, richtig wäre. Das römische Recht kann hier nur hypothetisch in Betracht kommen, weil aus dem Schuldübernahmevertrag im römischen Recht nur der vertragschliessende Schuldner einen Anspruch gegen den Übernehmer erwirbt: l. 2 C. de her. vel. act. vend. 4, 39; Dernburg, Pand. II § 53 N. 2. Erst durch die Litiskontestation mit dem Übernehmer (wozu dieser nicht verpflichtet war, l. 2 C. de pactis 2, 3) erlangte der Gläubiger einen Anspruch gegen denselben, verlor aber gleichzeitig den bisherigen Schuldner. Defension des Schuldners ist also auch in diesem Fall der Inhalt der neuen Verpflichtung, und zwar auch im heutigen Recht, wenn auch der Gläubiger dieselbe gleichfalls fordern kann. Übrigens scheint mir die l. 2 C. 2, 3 cit. darauf hinzuweisen, dass in den sämtlichen oben behandelten Fällen Iherings die Litiskontestation mit dem einen Gläubiger die Obligation vereinfacht. Denn es ist nicht einzusehen, warum diese Wirkung im Fall der Schuldübernahme von der Freiwilligkeit der Litiskontestation abhängen sollte.

entwickelten, welche ja wenigstens äusserlich unbestrittenermassen bei Korrealität und Solidarität die gleiche ist, und, wie wir gezeigt zu haben glauben, nur auf einer Grundlage beruhen kann, der Identität der Leistung. Die Fälle Iherings sind jedenfalls von dieser Solidarität in jeder Beziehung unterscheidbar. —

Damit haben wir das Ende des ersten Teils unserer Abhandlung erreicht. Das Ergebnis ist für die beiden Fälle der Gläubiger- und der Schuldnermehrheit das Gleiche: es gibt im römischen Recht nur eine Art von solidarischen Obligationen. Auch bei der passiven Solidarität mussten wir von der Korrealität ausgehen, um festen Boden zu gewinnen. Man wird uns diese Methode nicht verdenken können; wir wären andernfalls genötigt gewesen, von den sogenannten „Solidarobligationen" auszugehen, die die herrschende Lehre in Gegensatz zu den Korrealobligationen stellt. Diese Fälle standen uns zu Gebote; denn sie sind nach der herrschenden Lehre mit der passiven Korrealität wesensverwandt, nach unseren eigenen Ergebnissen wesensgleich. Wenn wir trotzdem nicht sie, sondern die Stipulationskorrealität zum Ausgangspunkt unserer Untersuchung machten, so geschah dies deshalb, weil allein in diesen Fällen die Römer uns dogmatische Begründungen hinterlassen haben, die uns in den Stand setzten, statt im Nebel der Aprioristik umherzuwandern, zu erkennen, worauf die Römer selbst ihre Rechtssätze, die gerade den Korreal- und Solidarobligationen gemeinsam sind, zurückgeführt haben.

Dabei konnten wir freilich nur nachweisen, dass die Begründung, die uns über das Wesen der Sache Aufschluss geben sollte, bei einer Spezies, nämlich den Korrealobligationen gegeben wird. Aber wir hatten zu unseren Gunsten die Quellen, welche einerseits nur zwei Gegensätze der Solidarität nennen, Novation und Multiplikation, anderseits aber mit keinem Wort andeuten, dass ihnen ein Unterschied, wie der behauptete, zwischen Korrealität und Solidarität bewusst oder gar geläufig war. Wir haben deshalb auch kein Bedenken getragen, die fundamentale Erscheinung, die Wirkung der Zahlung, wie sie äusserlich bei Korrealität und Solidarität gleich ist, auch innerlich, juristisch für gleich zu erklären und in ihr die nächste Konsequenz des Solidaritätsbegriffs zu erblicken. Man kann uns zwar auch hier entgegenhalten, dass wir die Gleichheit dieser Wirkung nicht zu beweisen vermögen; aber wir glauben nicht, dass uns diese

Beweislast trifft. Die Quellen unterscheiden nicht zwischen den Wirkungen der Erfüllung; man weise nach, dass dennoch eine Verschiedenheit besteht!

Damit komme ich auf Ihering zurück. Er definiert in seiner eben besprochenen Abhandlung weder die Korrealität, noch die Solidarität, geht vielmehr von einer für ihn feststehenden Verschiedenheit des Korrealitäts- und Solidaritätsbegriffs aus, welche nicht mitgeteilt und erklärt, sondern nur in thesi mit einigen Rechtssätzen (Wirkung des Verzichts, der Litiskontestation, des Urteils u. s. w.) belegt wird. Da in Bezug auf den Fall der Gläubigermehrheit die Quellen eine Begründung ihrer Sätze grossenteils vermissen lassen, so erübrigt auch für Ihering nichts anderers als die Analogie der passiven Korrealität und Solidarität. Aber diese ist für uns bedeutungslos, ja, sie spricht vielmehr zu unseren gunsten, da wir nachgewiesen haben, dass hinsichtlich keines einzigen Rechtssatzes eine Verschiedenheit auf der Schuldnerseite zwischen den angeblichen Korreal- und Solidarobligationen besteht.

Freilich erblickt Ihering einen wichtigen Gegensatz der beiden Obligationsarten schon in Betreff der Erfüllung: während bei der Korrealobligation die an den einen Teil beschaffte Leistung als solche den Schuldner befreit, ist dies bei der Solidarobligation nur dann der Fall, wenn die Leistung auch dem anderen Gläubiger zu gute gekommen ist (Gesichtspunkt der Zweckerfüllung).[89]) Wir haben jedoch schon oben bei Besprechung der unteilbaren Obligationen als charakteristisches Merkmal der Solidarität bezeichnet, dass die Erfüllung sämtliche Obligationen tilgt, auch wenn sie nur gegenüber einem Gläubiger stattgefunden hat; gerade deshalb haben wir die unteilbaren Obligationen von den Solidarobligationen ausgeschieden. Ihering lehrt uns das Gegenteil, aber ohne uns zu belehren. Dass die Schadenersatzleistung an den Gläubiger den einen wie den anderen Solidarschuldner befreit, ist richtig; aber dies geschieht nicht, wenn, sondern weil nihil interest; das Nämliche gilt aber auch bei den Korrealobligationen. Anderseits geht bei der aktiven Korrealität der ganze Obligationenverband unter, obwohl nur einem Korreus geleistet, nur ein Gläubiger befriedigt wurde, und das Nämliche wäre der Fall, wenn es eine aktive Solidarobligation gäbe. Nicht weil die sämtlichen Gläubiger befriedigt sind, sondern weil die Obligationen,

[89]) S. 147.

ohne sämtlich erfüllt worden zu sein, ihren Zweck erfüllt haben, wird der gemeinsame Schuldner befreit. So ist uns der Gesichtspunkt der Zweckerfüllung kein die Korrealität und Solidarität scheidendes, sondern ein die beiden Begriffe verbindendes, einendes Moment und wir können dem Gegner den strikten Nachweis zumuten, dass dieses Moment für die Korrealität nicht zutrifft. Wenn Ihering in diesem Zusammenhang auf Stellen hinweist, welche von der dos communis patris et filiae handeln,[90]) so übersieht er, dass diese gerade gegen die Einstellung dieses Verhältnisses unter die Solidarobligationen sprechen. Wenn die Leistung der dos an die Tochter die Klage des Vaters nur dann zerstört, wenn die dos „ex iusta causa soluta sit,[91]) wenn die Erhebung der Klage seitens des Vaters die Zustimmung der Tochter voraussetzt,[92]) wenn die Tochter nicht allein klagen, sondern nur im Fall der Verhinderung des Vaters Kaution fordern kann,[93]) sofern nicht die Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass der Vater klagen werde,[94]) so kann ich darin nicht mit Ihering eine Verwandtschaft mit der Solidarobligation, sondern im Gegenteil, eine grosse Verschiedenheit von ihr erblicken. Denn das haben wir als das Wesen der Solidarität festgestellt, dass jeder leisten muss, jeder fordern kann, und dass mit der Leistung von einem oder an einen die ganze Obligation ihren Zweck erfüllt hat. Hier ist dies nicht der Fall. Die Tochter soll teilhaben an der dos, neben ihrem Vater; deshalb befreit die Leistung an den Vater von der Tochter nur dann, wenn sie die Leistung ratihabiert.[95])

So sehr also der Gegensatz dieses Falles und anderer Fälle zur Korrealität einleuchtet, so unbegründet scheint es mir, dieselben gerade als „Solidarobligationen“ zu bezeichnen. Man möchte vielleicht von „unechter Solidarität“ sprechen;[96]) aber diese Bezeichnung birgt in sich die Gefahr, über den gemeinsamen die trennenden Momente zu vergessen. Man bezeichne die Iheringschen Fälle als „der Solidarität ähnliche Fälle“; dies ist die einzige Konzession, zu der wir uns herbeilassen können. —

Betrachten wir nunmehr unser Ergebnis und den Weg,

---

[90]) l. 2 § 2; l. 22 § 1, § 4, § 11 D. solut. matr. 24, 3.
[91]) l. 2 § 2 D. cit. 24, 3.
[92]) l. 22 § 1 D. eod.
[93]) l. 22 § 4 eod.
[94]) l. 22 § 11 eod.
[95]) l. 34 § 6 D. de solut. 46, 3.
[96]) Analog dem unechten Solidaritätsfall beim Kreditmandat, oben § 7.

welcher uns zu demselben geführt hat! Wir haben uns bemüht, im Gegensatz zu den meisten Schriftstellern, von den einzelnen in den Quellen enthaltenen Sätzen, nicht von einem vorgefassten Begriff, auszugehen. Wir sind dazu gelangt, eine praktische Verschiedenheit zwischen Korrealität und Solidarität nicht anzuerkennen. Wird dieses eine negative Ergebnis als gelungen anerkannt, so haben wir unser Ziel erreicht, die Erkenntnis, dass die Rippentropsche Unterscheidung unbegründet ist. Daraus, dass praktische Verschiedenheiten zwischen den einzelnen Solidarobligationen nicht nachweisbar sind, ergibt sich dann von selbst das positive Resultat, dass Korrealität und Solidarität identische Begriffe sind, dass die Korrealität nichts weiter sein kann, als eine Erscheinungsform der Solidarität.

Dass die Korrealität ein Entwickelungsstadium der Solidarität bildete, haben wir bei der Schuldnermehrheit gezeigt. Bei der Gläubigermehrheit hat diese Entwickelung von der Korrealität zur Solidarität nicht stattgefunden, weil sie einer solchen Entwickelung nicht bedurfte, weil das einzige reale Moment, die praktische Brauchbarkeit des Instituts, nicht dazu drängte.

Eine Widerlegung meiner Anschauung müsste, um als gelungen bezeichnet zu werden, der prinzipiellen Unterscheidung von Korrealität und Solidarität eine reale, keine begriffliche, eine praktische, keine theoretische, und jedenfalls keine aprioristische Grundlage geben. Die Frage: warum Korrealität, warum nicht lieber Solidarität? ist der wahre Angelpunkt des Streites über die Korrealobligationen; wie sie von Ribbentrop bis zu den Neuesten niemand zu beantworten vermochte, so bekenne auch ich, dazu nicht im stande zu sein. Aber ich ziehe daraus den Schluss, dass der Unterschied, dessen praktische Begründung unerfindlich ist, auch jeder realen Existenz entbehrt.

An diesem Ergebnis werden wir auch dadurch nicht irre, dass nach der Annahme einzelner Schriftsteller die einheitliche Behandlung aller Solidarobligationen zu praktischen Unzuträglichkeiten führt. Das Recht hat nicht die Aufgabe, dafür zu sorgen, dass jeder denkbare einzelne Fall nach Recht und Billigkeit entschieden werde; es muss sich mit dem Durchschnitt der menschlichen Erfahrung behelfen. Überdies sind diese Unzuträglichkeiten recht problematisch. Wenn Ihering die Gesamtrechtskraft bei den Solidarobligationen aus praktischen Bedenken ablehnt, so treffen diese auch bei den Korrealobligationen zu, und Ihering hat vergebens behauptet, dass bei den

letzteren die Gesamtrechtskraftwirkung „geboten sei".[97]) So will es uns unerwiesen scheinen, dass in Bezug auf diesen einen Punkt eine Verschiedenheit der beiden Institute anzuerkennen sei,[98]) und eben deshalb will uns Iherings Meinung nur unbegründet scheinen, dass „keine Gesetzgebung es werde wagen dürfen, den Unterschied zu beseitigen, ohne gewärtigen zu müssen, dass er durch die zwingende Macht des Rechtslebens wieder hergestellt werde". Wir erachten es vielmehr als eine Aufgabe der Gesetzgebung, einen Unterschied zu beseitigen, der praktisch wertlos ist, der dem unbefangenen Beurteiler niemals einleuchten will, der der Jurisprudenz zu den vielen vorhandenen eine neue crux geschaffen hat, und der im gemeinen Recht in seinen letzten Dezennien einen Zustand gänzlicher Unsicherheit und Verworrenheit bereitet hat.

„Zu unterscheiden sind Korrealobligationen und blosse Solidarobligationen. Hierüber ist kein Zweifel. Über das Einteilungsprinzip aber gehen die Ansichten weit auseinander."[99])

Mit diesen Worten Dernburgs ist der herrschenden Lehre das Urteil gesprochen. Eine Lehre, welcher innere Berechtigung zukommen soll, muss ein Anwendungsprinzip ersehen lassen. Dass dies hier zu vermissen ist, wird man nicht bestreiten wollen. Wenn trotzdem die Lehre Ribbentrops zum communis opinio geworden ist und ihre Herrschaft bis heute behauptet hat, so kann der Grund nicht in ihrer praktischen Brauchbarkeit liegen. Davon handeln wir im zweiten Teil dieses Buches.

[97]) S. 186.
[98]) S. 185.
[99]) Pandekten II § 71.

II. Teil.

Die Korrealobligationen im modernen Recht.

VI. Kapitel.

§ 26.

Vorbemerkung.

Im folgenden eine Dogmatik des gemeinen Solidaritätsrechtes zu geben ist nicht beabsichtigt. Sie würde nach der eingehenden Behandlung, welche das römische Quellenrecht im ersten Teil dieses Buches gefunden hat, nur dürftig ausfallen und sich im wesentlichen auf eine Zusammenstellung der Spruchpraxis beschränken. Wir glauben, dass ein solches Beginnen bei der kurzen Lebensdauer, welche heute dem gemeinen Recht noch beschieden ist, der Mühe nicht lohnt. Vielmehr genügt und entspricht es dem Zweck unserer Abhandlung, zu zeigen, welchen Einfluss die Ribbentropsche Lehre auf das gemeine Recht und die verwandten Rechtsgebiete geäussert hat. Dies nicht etwa zu dem Zweck, um zu versuchen, unsere im Rahmen des römischen Quellenrechts gewonnenen Ergebnisse für die Praxis zu verwerten; dies wäre in anbetracht unseres bürgerlichen Gesetzbuchs ein aussichtsloses Programm. Wohl aber um zu zeigen, dass der herrschenden Lehre ihre letzte Stütze, die innere Notwendigkeit, fehlt, auf die sich die Anhänger Ribbentrops so gern berufen, um der Unterscheidung, die der älteren gemeinrechtlichen Theorie und Praxis vollkommen unbekannt war, auch im modernen Recht Geltung zu verschaffen. Angesichts der Worte Iherings, die wir am Ende des ersten Teils wiedergegeben haben, scheint uns diese Aufgabe auch jetzt noch nicht überflüssig. Unser neues bürgerliches Recht kennt die Ribben-

tropsche Unterscheidung ebensowenig wie andere Gesetzbücher. Soll sich an ihm die Iheringsche Prophezeiung erfüllen, dass sie „durch die Macht des Rechtslebens wiederhergestellt werde“? Wenn wir das Ergebnis der folgenden Betrachtung vorweg nehmen, so brauchen wir das nicht zu befürchten. Sehen wir nur, welche Früchte die Ribbentropsche Lehre getragen hat.

§ 27.

Die Korrealobligation vor Ribbentrop.

Wenn auch vor Ribbentrops grundlegender Untersuchung über die Korrealobligation im römischen Recht gestritten wurde, so bestand doch eine sehr einheitliche gemeinrechtliche Praxis, die hier in den Grundzügen dargestellt werden soll. Dabei lassen wir die älteren Theoretiker, insbesondere die Historiker des 16. Jahrhunderts, beiseite, weil sie für die Praxis des gemeinen Rechts nicht ausschlaggebend waren und uns ausschliesslich das gemeine Recht unmittelbar vor unserer romanistischen Renaissance, das Ergebnis der Rezeption, interessiert.

Dieses gemeine Recht unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen überhaupt nicht. Korrealität liegt vor, wenn „zwey oder mehr auf einer Seite gleichsam für einen Mann stehen und jeder aus ihnen das Nämliche ganz und in solidum entweder zu suchen oder zu prästieren hat“.[1]) Dieselbe entsteht nicht nur durch Vertrag, sondern durch „omnia facta quibus obligatio contrahitur“,[2]) weshalb sie in eine „conventionalis et criminalis“ sowohl, als auch in eine „testamentaria et legalis“ eingeteilt wird.[3])

Die Vertragskorrealität erfordert zu ihrer Entstehung „alles, was jede Konvention überhaupt zu ihrer Konsistenz erfordert“; ferner müssen „wenigst allzeit zwei oder mehr Compaciscentes auf einer Seiten vorhanden sein“ und „einerley Konvention und einerley Sach sein, worüber gehandelt wird“.[4]) In Übereinstimmung damit erfordert Lauterbach,[5]) dass „omnes

[1]) Bayrisches Landrecht IV, 1 § 21 und Kreittmayr, Anmerkungen dazu.
[2]) Lauterbach, usus modernus pandect. III S. 714 h. t. § 4.
[3]) Kreittmayr a. a. O.
[4]) Kreittmayr a. a. O.
[5]) h. t. § 6 (S. 715).

simul, eandem rem, ex eadem causa et quidem singuli in solidum, omnes vero unam, statim promittent"; doch wird die Gleichzeitigkeit des Aktes nicht so genau genommen, vielmehr geht das ius modernum et consuetudinarium tam commune quam bavaricum über diese römische Zierraten und Solennitäten hinaus.[6])

Die Korrealität bewirkt, dass die Korrei „als eine Person zusammengerechnet werden" und daraus ergibt sich die Folgerung, dass „das factum correi, quo ad rem correalem, auch den anderen correum sowohl in utilibus als odiosis regalariter mitbetreffe, jedoch salvo regressu, welcher einem gegen den anderen correum sua rata allemal bevorsteht, wie es sowohl die Billigkeit als unser Codex mit sich bringt".[7]) Der creditor communis hat die Wahl, ob er alle insgesamt oder nur einen allein, und zwar in totum oder nur pro parte belangen wolle. An seine Wahl ist aber der Gläubiger nicht gebunden, er kann vielmehr vor erfolgter Leistung von dem Beklagten abstehen und einen anderen belangen. Korrealschuldner geniessen das beneficium divisionis;[8]) wenn es Kreittmayr versagt, so entspricht dies nicht der communis opinio, sondern ist gesetzgeberische Erledigung der Kontroverse.[9]) Wird von einem Korreus geleistet, so werden auch die anderen Korrei völlig befreit. Als blosse Konsequenzen dieses Satzes erscheinen die Wirkungen der Kompensation, Acceptilation und Delegation.[10]) Bei der passiven Korrealität wird allerdings anerkannt, dass jede Novation Gesamtwirkung hat;[11]) bezüglich des pactum de non petendo steht die gemeinrechtliche Praxis ganz auf dem Boden der heutigen communis opinio: weder das pactum in rem noch das pactum in personam nützt dem anderen, wenn der Paziszent nicht daran interessiert ist.[12]) Die Regressfrage wird zwar als „gravis disputatio" bezeichnet,[13]) jedoch wird allgemein angenommen, dass

---

[6]) Kreittmayr a. a. O.

[7]) Kreittmayr a. a. O.; Codex Max. Bav. civ. IV, 1 § 21 Z. 4.

[8]) Stryck, usus modernus Pand. h. t. § 5; Lauterbach h. t. § 22.

[9]) Kreittmayr § 23.

[10]) Lauterbach § 16.

[11]) Kreittmayr § 22; Lauterbach § 26. Dabei mag hervorgehoben werden, dass schon Voet die ll. 27 pr. de pactis u. 31 § 1 de nov. in der nämlichen Weise wie Savigny vereinigt. (Comment. ad. Pand. h. t. § 5).

[12]) Lauterbach § 27; Voet a. a. O.

[13]) Stryck h. t. § 3 (IV S. 425).

der Korreus regressberechtigt ist.[14]) Die schwierigste Frage, die nach der Wirkung der Litiskontestation und des Urteils, wird dahin beantwortet, dass die Litiskontestation den correus debendi nicht befreit,[15]) dagegen den correus credendi ausschliesst;[16]) hinsichtlich des Urteils herrscht grosser Streit: während die einen annehmen, dass dem Urteil überhaupt keine Gesamtwirkung zukomme,[17]) behaupten dies andere nur bezüglich des verurteilenden Erkenntnisses,[18]) und unterscheiden, ob das freisprechende Erkenntnis in rem oder in personam ergangen ist,[19]) wie dies ja auch heute noch eine Reihe von Schriftstellern annehmen. Die Eidesleistung wirkt jedenfalls, wenn sie in rem erfolgt, befreiend auf die Korrealschuldner,[20]) ausschliessend auf die Korrealgläubiger.[21]) Der Regress wird bei der aktiven Korrealobligation schlechthin verneint.[22]) Endlich wird anerkannt, dass die mora des einen Schuldners dem anderen nicht schadet; dies wird jedoch eingeschränkt auf den Satz „unius mora non debet alteri nocere ad obligationem augendam", den man auf die naturalis und civilis ratio zurückführt, dass man die Lage eines anderen wohl verbessern, aber nicht verschlechtern kann. Im Gegensatz dazu wird die l. 18 de duobus reis auf die Unterbrechung der Verjährung nach der l. ult. C. h. t. bezogen und daraus der Satz abgeleitet: Factum alterius ad retinendam et purificandam obligationem nocere potest. Darin ist allerdings auch die gegenseitige Culpahaftung enthalten.[23])

Diese Sätze, welche bei der Vertragskorrealität entwickelt werden, wendet die gemeinrechtliche Praxis unterschiedslos auf jeden anderen Korrealfall an, insbesondere auch auf die Deliktskorrealität.[24])

---

[14]) Stryck a. a. O.; Lauterbach § 24; Kreittmayr § 23 u. dort Citierte. Abweichend Voet § ult.

[15]) Lauterbach § 28; Voet § 5.

[16]) Lauterbach § 15.

[17]) Kreittmayr ad Cod. Max. Bav. Judiciar. c. XIV § 11; ebenso Leyser. Meditat. ad Pand. Spec. 472 § 7. Vgl. auch Kreittmayr a. a. O. Kap. XV § 11 N. k und Stryck, usus modernus, der sich tit. XLII, 1 und XLV, 2 über die Rechtskraftwirkung ausschweigt.

[18]) Lauterbach § 29.

[19]) Lauterbach a. a. O.; Voet § 5.

[20]) Lauterbach § 29, Voet § 5.

[21]) Lauterbach § 16.

[22]) Voet § ult.; Lauterbach § 18; Stryck § 2; Kreittmayr a. Cod. M. B. civil. IV, Kap. I § 22.

[23]) Lauterbach h. t. § ult.

[24]) Kreittmayr IV Kap. XVI § 4 Z. 5.

Das Bild, welches wir aus diesen Sätzen gewinnen, ist das einer communis opinio, neben welcher sich zwar in Bezug auf einzelne Fragen Dissidenten finden, die aber im grossen und ganzen sehr einheitlich, sehr praktisch und gerade in der heutigen Hauptfrage unbestritten war; von irgend einer Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität war keine Rede. Allerdings hatten einzelne Theoretiker früher eine Unterscheidung, ähnlich der von Keller und Ribbentrop, geahnt. Duaren, ein Vorgänger Demangeats, hat die Stellen, welche die Gesamtwirkung der Litiskontestation bald annehmen, bald ablehnen, auf den Gegensatz des ius strictum und der bona fides zurückführen wollen [25]) und Faber, [26]) Cuiaz [27]) und Donell [28]) haben sogar mit der Einheit der Obligation operiert.

Cuiaz namentlich stellt die duo rei promittendi in Gegensatz zu anderen Solidarobligationen, wie z. B. zur Mehrheit der Kommodatare oder Mieter. Zur Korrealität ist erforderlich, dass „initio contractus actum est expressim vel tacito intellectu, ut singuli in solidum obligarentur". Davon unterscheidet er die Hingabe an mehrere zum depositum „utriusque fidem in solidum secutus", wobei er auf das Wort „similiter" der l. 9 pr. h. t. verweist und, die Lesart „simul" verwerfend, bemerkt, dass die Gleichzeitigkeit der Hingabe allein die Schuldner nicht zur eigentlichen duo rei mache, sondern dass sie alsdann nur „duo quodammodo rei" seien. Hieran knüpft Cuiaz schon den Ribbentropschen Unterschied bezüglich der Culpahaftung der Korreal- und Solidarschuldner, indem er die l. 1 § 43 D. depos. 16, 3 in Gegensatz stellt zur famosen l. 18 D. de duobus reis. Es mag dabei bemerkt werden, dass schon Cuiaz den nämlichen Unterschied zwischen Vertragskorrealität und Vertragsolidarität macht, wie heute Unger und Czyhlarz: Si ex duobus unus hodie eidem promiserit decem, alter eadem decem postera die, non novandi animo, non item omnino constituendi duos reos, singuli in solidum tenentur et tamen non sunt duo rei. Auch Donellus unterscheidet innerhalb der Solidarität den besonderen Fall der duo rei und fordert zur Entstehung der Korrealität Einheit der causa und Einheit der Obligation. Freilich zeigt der Gegensatz zur

---

[25]) ad Tit. Digest. de V.O. l. 116 N. 2 (opp. p. 1032).

[26]) Rationalia ad Pandectas ad l. 4 D. 9, 3; l. 20 D. de int. in iure 11, 1; l. 5 § 15 D. commod. 13, 6.

[27]) Observationes lib. XXVI c. 26.

[28]) ad Tit. Cod. de duobus reis cap. XII.

Korrealität, indem er die mehreren Tutoren aufführt, welche „singuli ex sua culpa“ haften, „in quo casu res sunt diversae“, dass Donellus von der Ribbentropschen Unterscheidung weit genug entfernt ist und sich eher der neuesten, von Ascoli vertretenen Meinung zuneigt, wonach der Korrealität Fälle gegenüberstehen, bei welchen nicht einmal von Solidarität die Rede sein kann.

Indessen sind diese Meinungen [29]) ohne jeden Einfluss auf die Praxis geblieben. Das beweist ausser den schon angeführten Schriftstellern ein Blick auf die gemeinrechtlichen Kodifikationen. Die Regelung, welche die Korrealität im bayrischen Landrecht, diesem klassischen Ausdruck der communis opinio des gemeinen Rechts, gefunden hat, haben wir bereits in den Ausführungen Kreittmayrs wiedergegeben; es genügt, neben diesen auf das preussische allgemeine Landrecht, das österreichische Civilgesetzbuch und den code civil einzugehen.

§ 28.

Das preussische allgemeine Landrecht.

Auch das preussische Landrecht kennt keinen Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen. [1]) Darüber ist kein Streit; [2]) erörtert wird vielmehr nur die Frage, inwieweit bei dem „Gesamtschuldverhältnis“ des preussischen Rechtes Einheit oder Mehrheit der Obligationen vorliegt. Wir können im folgenden von einer Erörterung der dem preussischen Recht an-

---

[29]) Weitere Schriftsteller siehe bei Ribbentrop.

[1]) Landrecht, Teil I Titel VI §§ 424—453.

[2]) Koch, Recht der Forderungen II S. 5—47; Samhaber S. 202 ff.; Savigny Oblig. I S. 289 f.; Dernburg, Preuss. Privatr. II S. 111 ff.; Förster-Eccius, dto. I S. 386 ff.; Bornemann, Systematische Darstellung d. pr. Civilr. II §§ 170—172. Unger S. 242 N. 76 nimmt an, dass Dernburg, Preussisches Privatrecht II § 47 S. 113 für das Preussische Landrecht den Unterschied von Korrealität und Solidarität anerkenne. Wie mir scheint, ist die Unterscheidung Dernburgs eine bloss terminologische; er erklärt zwar, dass sich eine allgemeine Rechtstheorie nur für die Korrealobligationen gewinnen lässt, dass dagegen unter den Solidarobligationen erhebliche Verschiedenheiten bestehen, begründet dies aber nicht, während er S. 113 annimmt, dass schon dem römischen Recht eine grundsätzliche Verschiedenheit fremd war. Für das preussische Landrecht geht die Verneinung des Unterschieds aus der ganzen Art der Behandlung hervor. —

gehörenden einzelnen Kontroversen Umgang nehmen und uns mit der Bemerkung begnügen, dass der preussische Gesetzgeber nicht etwa deshalb zwischen Korrealität und Solidarität nicht unterschieden hat, weil er den Unterschied für praktisch bedeutungslos hielt, sondern, weil die ganze damalige Jurisprudenz sich von demselben nichts träumen liess. Wenn ausserdem das Landrecht vom römischen Recht in vielen Beziehungen abweicht, so liegt der Grund entweder darin, dass die betreffende Vorschrift dem gemeinen Recht angehörte, also als römisch-rechtlich betrachtet wurde, oder dass der Redaktor desselben sie, im Gegensatz zur communis opinio, als dem römischen Recht entsprechend erachtete. Praktische Erwägungen haben dabei nur eine untergeordnete Rolle gespielt.[3]) Deshalb ist es m. E. auch gleichgültig, ob sich die eine oder andere Vorschrift des Landrechts besser oder weniger gut mit der Einheit verträgt. Was in Ansehung der geschuldeten Leistung von dem einen Verpflichteten gethan wird, gereicht allen übrigen zum Vorteil.[4]) Darin erblickt man einen Beleg für die Einheit der Korrealobligation[5]) und wenn an anderer Stelle des Landrechts gesagt ist, dass die Handlung eines Verpflichteten die Rechte der übrigen nicht schmälern kann,[6]) so sucht man dieser Vorschrift den Sinn zu nehmen, dass nach preussischem Recht das Verschulden des einen den übrigen ebensowenig schade wie sein Verzug und schiebt dafür den Satz unter, dass „Handlungen eines Korreus, wodurch in Übereinstimmung mit dem Gläubiger dessen Rechte erweitert werden sollen, den übrigen Schuldnern unnachteilig seien“.[7]) Damit sucht man die Einheit der Obligation zu retten, während diese Norm m. E. unzweideutig gegen die Annahme einer Einheit der Gesamtobligation spricht. So wenig Grund diese Auslegung hat, so glaubt man doch in einer dritten Stelle einen Anhalt dafür zu haben, dass ein Korreus für die Culpa des anderen einstehen müsse: Wenn nämlich mehrere Bevollmächtigte ein Geschäft gemeinsam übernommen haben, so wird jeder dem Vollmachtgeber in solidum verpflichtet[8]) und wenn durch die Schuld eines der Bevollmächtigten bei dem Geschäft ein Schaden entstanden ist,

[3]) Samhaber S. 204.
[4]) Landrecht I Tit. V § 435.
[5]) Bornemann S. 377; Samhaber S. 209.
[6]) Teil I Tit. VI § 438.
[7]) Koch a. a. O. S. 32 ff.
[8]) Titel XIII § 201.

so muss dieser seinen Mitschuldnern, soweit diese dem Machthaber dafür haften müssen, „gerecht werden".[9]) Indessen ist es entschieden verfehlt, hieraus eine allgemeine Haftung für culpa alterius zu konstruieren. Der § 205 des XIII. Titels statuiert keine gegenseitige Culpahaftung, sondern setzt sie voraus, aber nicht kategorisch, sondern hypothetisch, und daher wird sie im allgemeinen gerade nach dem § 438 des VI. Titels verneint werden müssen. Auch fehlt es dem allgemeinen Landrecht an einer Bestimmung, welche eine Haftung für fremdes Verschulden ganz allgemein normiert; wie nach gemeinem Recht, so haftet auch nach dem Landrecht ein jeder prinzipiell nur für das eigene Verschulden.[10]) Fehlt es demnach an einer allgemeinen Norm, nach welcher bestimmt werden kann, inwieweit nach § 205 cit. die Bevollmächtigten dem Vollmachtgeber für culpa alterius haften, so ist die Deduktion Samhabers hinfällig, dass aus diesem Paragraph die allgemein gegenseitige Culpahaftung der Korrei folge; sie ist es überdies schon deshalb, weil der § 205 geradezu voraussetzt, dass im allgemeinen Gesamtschuldner nicht für die Culpa des Mitschuldners einzustehen brauchen; welchen Sinn hätte sonst die Klausel „insoweit diese dem Machtgeber dafür haften?" Der Sinn des § 205 kann also nur der sein, dass, insoweit der eine Bevollmächtigte für den vom anderen zunächst verursachten Schaden nach den allgemeinen Grundsätzen des Landrechts aufzukommen hat, dies hier der Fall ist, m. a. W. dass er nur dann für den vom Mitbevollmächtigten angerichteten Schaden aufkommen muss, wenn ihn selbst dabei ein Verschulden trifft, mag dieses nun in faciendo oder in non faciendo bestanden haben.[11]) Deshalb kann weder der § 205 eine Stütze für die Obligationeneinheit bilden, noch wird durch ihn das Argument, welches gegen dieselbe im § 428 cit. liegt, entkräftet.

Vollkommen unzulänglich sind auch die Ausführungen Kochs, welcher den Ausschluss der Haftung für die mora alterius damit begründet, dass „casus casus bleibt" und dass daher durch den casus, welcher während der mora eintritt, die nicht säumigen Schuldner befreit werden,[12]) während er die angebliche gegenseitige Culpahaftung damit begründen will, dass hier die Leistung

---

[9]) eod. § 205. Samhaber S. 210. Vgl. Koch S. 34 Z. 2.
[10]) Vgl. Dernburg, Pr. Privatrecht II S. 156 § 68.
[11]) Dernburg a. a. O. § 180 S. 483; S. 118 N. 6.
[12]) a. a. O. S. 33.

nicht durch casus unmöglich geworden sei.[13]) Als ob die culpa des einen nicht eben casus für den anderen wäre! Auch Förster nennt freilich die Auslegung des § 205 von Dernburg, der wir uns im vorstehenden im wesentlichen angeschlossen haben, „eine ganz willkürliche Annahme“.[14]) Wie wir einerseits gezeigt zu haben glauben, dass diese Ansicht allein mit den Vorschriften des Landrechts im Einklang steht, halten wir anderseits gerade Försters Argumentation für unrichtig. Nach ihm spricht Wesen und Zweck der Gesamtschuld „eigentlich“ dafür, dass dem Gläubiger in aller Weise seine Befriedigung gesichert sei; er hat sie von allen oder von einem zu fordern und es ist ihm ganz gleichgültig, wer die Verwandlung des Anspruchs in einen Interessenanspruch verschuldet hat. Uns scheint mit dieser Ausführung nichts gewonnen zu sein. Die einseitige Betonung des Interesses, welches der Gläubiger an der Gesamtschuld hat, ist hier ebensowenig ausreichend, wie bei der einfachen Obligation die Betonung des Zwecks, den der Gläubiger verfolgt. Letztere würde dahin führen, den Alleinschuldner auch für Zufall einstehen zu lassen; das Interesse des Gläubigers wird ja durch den Zufall nicht alteriert. Aber wie das Interesse des Schuldners gebieterisch fordert, dass er für casus nicht einzustehen brauche, so verlangt das Interesse des Korrealschuldners, dass er nicht für ein Verschulden aufkommen müsse, welches nicht sein Verschulden, sondern sein casus ist.

Ausser den mehreren Bevollmächtigten zieht Förster zum Beweis für die gegenseitige Culpahaftung noch die solidarisch haftenden Vormünder und Beamten heran. M. E. beweisen auch diese Fälle nichts. Sie würden höchstens Ausnahmen von der Regel bilden und daher die Regel selbst nur bestätigen; aber wie ich glaube, ist dies gar nicht der Fall.

Mehrere Vormünder, welche die Verwaltung gemeinschaftlich geführt haben, haften dem Pflegebefohlenen einer für alle und alle für einen. Es kann aber nicht nur der in Anspruch Genommene sich an den, welcher den Schaden eigentlich verursacht hat, sondern auch, wenn keinen von ihnen ein Übergewicht von Schuld trifft, sich ein jeder an die übrigen, pro rata halten.[15]) Daraus ergibt sich, inwiefern die Vormünder solidarisch haften. Die Worte „wenn keinen ein Übergewicht von Schuld trifft“,

---

[13]) S. 34.

[14]) Preuss. Privatr. II § 63 S. 408.

[15]) Teil II Titel XVIII §§ 288, 289.

lassen nur die Umkehrung zu „wenn alle gleiches Verschulden trifft"; der Vormund soll sich also an seinen Mitvormund nur dann halten können, wenn diesen kein kleineres Verschulden trifft, als irgend einen anderen, ihn, den der Mündel in Anspruch genommen hat, inbegriffen. Damit ist für das Innenverhältnis der Vormünder der Satz ausgesprochen, dass der, welchen ein Verschulden trifft, keinen Regress gegen den Nichtschuldigen nehmen kann, über das Aussenverhältnis ist dagegen nichts gesagt; insbesondere folgt aus der Vorschrift, dass der in Anspruch genommene sich an den, welcher den Schaden eigentlich verursacht hat, halten kann, keineswegs, dass den in Anspruch genommenen kein Verschulden treffen müsse. So gewiss es ist, dass es im abstrakten Sinn kein höheres und geringeres Mass von Verschuldung gibt, so gewiss misst das tägliche Leben der einen Person häufig ein höheres Mass der Schuld und eine direktere Verursachung eines Schadens als der anderen bei. Auf diesem Standpunkt steht das Landrecht, wenn es von einem „Übergewicht von Schuld" und von „eigentlicher Verursachung" spricht, und es drückt damit den nämlichen Gedanken aus, der den römischen Juristen vorschwebte, als sie den tutor non gerens nur subsidiär, nach dem gerens haften liessen. Es wird der Regress gegen den eröffnet, welcher den Schaden „eigentlich verursacht hat"; das Kriterium dieser Haftung wird kein anderes sein, als das im römischen Recht: der Handelnde verursacht „eigentlich", der Unterlassende, is qui non prohibuit, nur mittelbar. Aber inwiefern ist damit gesagt, dass auch der Vormund, der weder einen Schaden verschuldet noch auch verursacht hat, in Anspruch genommen werden kann? Der Gegensatz zur „eigentlichen" Verursachung ist nicht das Nichtkausalwerden, sondern die mittelbare Verursachung; der Gegensatz des „Übergewichts von Schuld" nicht die Nichtverschuldung, sondern ein geringeres Mass von Verschuldung; so scheint uns § 289 recht eigentlich die Gemeinsamkeit der Verschuldung vorauszusetzen.

Ebensowenig wird die hier bekämpfte Ansicht durch § 288 bewiesen. Damit, dass die Vormünder „einer für alle und alle für einen" haften, ist nichts weiter gesagt, als dass sie Solidarschuldner sind[16]) und daraus ergibt sich eben keineswegs, dass sie gegenseitig für das Verschulden einzustehen brauchen. Anderseits ergibt die Beschränkung auf die Vormünder, welche die

[16]) Vgl. I Tit. V § 424.

Verwaltung gemeinschaftlich geführt haben, dass die Gemeinsamkeit des Vormundseins noch nicht zur Solidarhaftung führt; das Landrecht hat eben, wie das römische Recht, als Grund der Solidarhaftung die Gemeinsamkeit des Handelns und, damit verbunden, die Gemeinsamkeit der Verschuldung im Auge.

Geradeso liegt die Sache auch bei der Beamtenhaftung, auf die sich Förster beruft. Wenn nach dem Landrecht Geschäfte, welche einem Kollegium obliegen, von allen Mitgliedern „vertreten werden müssen“,[17]) so ist damit nur scheinbar gesagt, dass die Kollegialmitglieder gegenseitig für culpa alterius haften. Dass das Landrecht bezüglich der Frage, ob Beamte solidarisch oder pro parte haften, auf die allgemeinen Vorschriften des ersten Teils verweist,[18]) deutet darauf hin, dass es in diesem Fall keine Ausnahme von den dort geltenden Regeln schaffen wollte. Diese allgemeinen Vorschriften aber zeigen, dass, mag Solidarhaftung oder Teilung eintreten, jeder nur unter der Voraussetzung einer eigenen Willensschuld haftet. Dem entsprechen auch die weiteren, auf die Beamtenhaftung bezüglichen Vorschriften. Schon § 128 zeigt, dass nur solche Handlungen „vertreten werden“ müssen, welche vorsätzlich oder fahrlässig begangen sind: jeder haftet solidarisch, wenn ihn ein schweres Verschulden trifft, pro rata bei leichtem Verschulden; ergo gar nicht, wenn er ohne Verschulden ist. Damit stehen denn auch die §§ 129—144 in Einklang. § 131 enthält nur den Unterschied von unmittelbarem und mittelbarem Versehen und demgemäss primärer und subsidiärer Haftung; §§ 132 u. 133 setzen mit dürren Worten ein Verschulden des Haftenden voraus und die Bestimmungen über die Nichthaftung bei unverschuldeter Unthätigkeit nicht minder. Es ist also nicht richtig, dass ein Beamter haftet, der den Erfolg nicht hindern konnte; der § 144 gibt ihm das Mittel, sich der Haftung zu entziehen.[19])

Vollends können wir nicht bedenklich werden durch die von Förster gestellte Frage:[20]) Sollte es wohl bedenklich sein, dass ein Erbe, der nach Teil I Titel XVII § 131 auf das Ganze in Anspruch genommen wurde, dem Gläubiger das volle Interesse leisten muss, wenn auch nicht er, sondern sein Miterbe es verschuldet hatte? Wir gestehen zu, dass die gegenseitige Culpa-

[17]) II Tit. XI § 127.

[18]) Tit. VI §§ 29 ff.

[19]) Vgl. Förster-Eccius II § 154; Striethorsts Archiv Bd. XLVII S. 292.

[20]) S. 408 unten.

haftung nach preussischem Landrecht überhaupt geringeren Bedenken als nach römischem Recht unterliegt, weil das Landrecht den Gesamtschuldnern ganz allgemein eine Regressklage gewährt, was im klassischen römischen Recht nicht der Fall ist. Aber das genügt nicht, die gegenseitige Culpahaftung ganz unbedenklich zu machen. Der allgemeine Grundsatz, dass man nicht dafür verantwortlich gemacht werden kann, was man nicht verschuldet hat, würde in einer ganz ungerechtfertigten Weise durchbrochen, so dass es der unwiderleglichsten Beweise bedürfte, um diese Annahme denkbar erscheinen zu lassen.

Insofern ist es gleichgültig, ob § 438 cit. die Culpahaftung im Auge hat. M. E. ist Dernburg zuzustimmen, der nach der Fassung dieses Paragraphen annimmt, der Gesetzgeber habe sich hier in Gegensatz zu der l. 18 D. de duobus reis 45, 2, bezw. wie wir sagen, zu der gemeinrechtlichen Annahme der gegenseitigen Culpahaftung stellen wollen. Aber wie, wenn dies nicht zutrifft? Dann fehlt noch immer die Vorschrift, dass Korrealschuldner gegenseitig für Verschulden einstehen müssen; anderseits ist § 438 immer noch ein so gewichtiges Argument gegen die Einheitstheorie, dass sich aus dem problematischen Begriff der Obligationeneinheit jedenfalls keine praktischen Folgesätze ableiten lassen.

§ 29.

Das österreichische Recht.

Auch die auf die Solidarität bezüglichen Normen des österreichischen Rechts fallen in die Zeit vor der Keller-Ribbentropschen Entdeckung. Die Folgerung, welche hieraus zu ziehen ist, scheint uns überaus einfach zu sein: den Ribbentropschen Unterschied als solchen konnte das österreichische bürgerliche Gesetzbuch nicht aufnehmen, weil er noch nicht aufgestellt war; ebensowenig denselben als Inhalt der römischen Quellen oder des gemeinen Rechts, weil das letztere denselben nicht erkannt hatte. Sollte das bürgerliche Gesetzbuch dennoch zwischen Korrealität und Solidarität unterscheiden, so würde zur Erklärung dieses Unterschieds kaum die „Natur der Sache“ ausreichen, sondern es müsste ein bestimmtes gesetzgeberisches Bewusstsein vorausgesetzt werden, welches reformatorisch eingegriffen haben würde. Nichts von alledem ist indessen dem Gesetzbuch zu entnehmen.

Das ö. Gb. kennt nur eine Korrealität,[1]) welche jedoch mit der Ribbentropschen Korrealobligation nichts zu thun hat, sondern aus der Grundlage des gemeinen Rechts erwachsen ist. Das ist freilich nur die gemeine Meinung.[2]) Nach Stubenrauch ist zwischen echter und unechter Korrealität zu unterscheiden;[3]) letztere liegt vor, wenn mehrere trotz der Teilbarkeit der Leistung solidarisch haften und die Solidarität nicht auf dem Parteiwillen beruht. Dahin gehört die Haftung mehrerer Vormünder und Kuratoren,[4]) mehrerer Erben vor der Übergabe der Erbschaft für die Erbschaftsschulden und Vermächtnisse,[5]) für einen von mehreren zugefügten Schaden[6]) und die Haftung des selbstschuldnerischen Bürgen neben dem Hauptschuldner und mehrerer Bürgen.[7]) Aber mit Recht hat einer der eifrigsten Anhänger Ribbentrops, Samhaber, anerkannt, dass diese Unterscheidung „dem Geist der Redaktoren des ö. Gb.“ nicht entspricht.[8])

Umsomehr hat man sich in neuester Zeit bemüht, der Ribbentropschen Unterscheidung im österreichischen Recht Eingang zu gewähren.[9]) Insbesondere hat Mages[10]) sich dieses Ziel gesetzt, und deshalb haben wir uns mit ihm eingehender zu beschäftigen.

Mages erkennt an, dass der ö. Jurist die Ribbentropsche Unterscheidung nur dann in das ö. Recht hineintragen darf, wenn er aus dem nach den Grundsätzen des ö. B.Gb. gewonnenen Begriff des Gesamtschuldverhältnisses sich mit zwingender Notwendigkeit ergibt.[11]) Insofern müssen wir ihm beipflichten. Um seine Grundlage zu schaffen, geht dann Mages aus von dem Obligationenbegriff im allgemeinen und sucht darzuthun, dass man sich eine Obligation, losgelöst von ihren Subjekten, denken könne,

---

[1]) §§ 891—896.

[2]) Vgl. Krainz, ö. Privatrecht II § 303 S. 137; Kirchstetter, ö. B.Gb. S. 409; Hasenöhrl, ö. Obligationenrecht I § 9 Z. VI S. 94 ff.; Samhaber S. 221.

[3]) Kommentar zum ö. B.Gb. II. Aufl. Bd. II S. 47.

[4]) §§ 210, 280.

[5]) § 550, vgl. §§ 820, 821.

[6]) § 1302.

[7]) §§ 1352, 1357, 1359.

[8]) S. 221. Vgl. auch Hasenöhrl a. a. O. S. 94 N. 43, der mit Recht bemerkt, dass Stubenrauch im wesentlichen nur Savigny nachschreibt, ohne praktische Konsequenzen aus seiner Unterscheidung zu ziehen.

[9]) Vgl. Hasenöhrl a. a. O. S. 94.

[10]) Die Gesamtschuldverhältnisse des österreichischen Rechts, Wien 1872.

[11]) S. 19 § 2.

den Ribbentropschen „objektiven Bestand". [12]) Schon hier müssen wir unsere Gegnerschaft bekennen.

Es ist nur richtig, dass die Personen des bestimmten Gläubigers und Schuldners, des Herrn X oder Z, für die Obligation nicht wesentlich sind; nicht aber, dass die Obligation ohne einen Gläubiger oder Schuldner gedacht werden kann. Sehen wir von dem individuellen Gläubiger oder Schuldner ab, so kommen wir auf den abstrakten Gläubiger oder Schuldner, aber niemals auf den „objektiven Bestand", losgelöst von der „subjektiven Beziehung". [13]) Mages betrachtet ferner den „objektiven Bestand" als gleichbedeutend mit dem „Vermögensstoff" der Kuntzeschen Theorie. Auch dieser Ausgangspunkt ist verfehlt. Der Ribbentropsche „Bestand" ist nicht die Obligation, sondern ein die Obligation mitbildender Faktor; der Kuntzesche „Vermögensstoff" ist zwar auch nicht die Obligation, aber er steht mit ihr in einer Gleichung, welche die Gleichstellung der einen Obligation mit der anderen ermöglicht. Aber daraus folgt für die Richtigkeit der Rippentropschen Unterscheidung ebensowenig, wie aus den verfehlten Ausgangspunkten von Mages. Wenn die Individuen für den Bestand der Obligation gleichgültig sind, so ergibt sich daraus keineswegs, dass mehrere Individuen in einer Obligation stehen können; und wenn ein objektiver Bestand ohne subjektive Beziehung denkbar wäre, so müsste erst dargethan werden, dass dieser Bestand in verschiedenen Obligationen der nämliche sein kann, und obendrein, dass er letztere durch seine Einheit zu einer Obligation macht. [14])

Daher scheint uns die erste Prämisse der Magesschen Deduktion verfehlt. Schon dies lässt seine Ergebnisse bedenklich erscheinen, und dieses Bedenken wird durch seine weiteren Ausführungen nicht gehoben. Mages gelangt, von der Möglichkeit seiner Einheit ausgehend, zu dem Erzeuger der Einheit, welcher der Vertragswille ist, der eine „Verschlingung der subjektiven Beziehungen" bewirkt. [15]) Mages glaubt diese Korrealität im § 891 des ö. B.Gb. wiederzufinden, [16]) der aber m. E. nichts weiter, als eben die Vertragssolidarität [17]) behandelt. Als weitere

---

[12]) S. 21.

[13]) Dies auch gegen Bruns in Holtzendorffs Encyklopädie IV. Aufl. S. 462 f.

[14]) Dagegen auch Harum Grünhuts Zeitschrift I S. 202 f.

[15]) S. 24.

[16]) S. 25.

[17]) S. 31 ff.

Entstehungsgründe bezeichnet Mages Testament, Urteil und das communi consilio begangene Delikt.[18]) Diesen Fällen der Korrealität mit Einheit der Obligation stellt Mages als Fälle der Solidarität die der §§ 1301 und 1302 gegenüber.[19]) Nach diesen Paragraphen haften mehrere, welche gemeinsam, unmittelbar oder mittelbar einen Schaden angerichtet haben, „einer für alle und alle für einen" dann, wenn sie vorsätzlich gehandelt haben oder sich ihre Anteile an der Beschädigung nicht bestimmen lassen. Es genügt, diesen Wortlaut mit dem § 891 — „Versprechen mehrere Personen ein und dasselbe Ganze zu ungeteilter Hand dergestalt, dass sich einer für alle und alle für einen ausdrücklich verbinden, so haftet jede einzelne Person für das Ganze" — zu vergleichen, um zu erkennen, dass jedenfalls der Gesetzgeber an eine Verschiedenheit dieser Fälle nicht im entferntesten gedacht hat. Es möchte aber auch zweifelhaft sein, ob diese Ansicht mit der anderen überhaupt vereinbar ist, dass mehrere Delinquenten, die communi consilio gehandelt haben, „mit noch dringenderer innerer Notwendigkeit" Korrealschuldner seien? Augenscheinlich will sich Mages auf den Gegensatz von consilium commune und proprium cuiusque consilium stützen; aber findet diese Unterscheidung selbst ihre Stütze im ö. B. Gb.? Gerade der § 1301 zeigt, dass der Gesetzgeber den Fall des bewusst gemeinsamen Handelns, der Mitthäterschaft im technischen Sinn, im Auge hatte. Das beweist das Erfordernis der Gemeinsamkeit des Handelns, das beweisen die angeführten Beispiele der Anstiftung, Bedrohung, Begünstigung u. s. w. Also entweder auch im Fall des § 1301 Korrealität, oder trotz Mages im Fall gemeinsamen Delikts Solidarität; eine dritte Alternative scheint uns unmöglich zu sein.[20])

Mages stützt sich denn auch nur auf allgemeine Erwägungen. So richtig es aber ist, dass bei der Vertragssolidarität kein Grund vorliegt, weshalb die Leistung nur einmal möglich wäre, und dass daher die Einmaligkeit der Leistung erst durch den Parteiwillen geschaffen wird, so wenig können wir zugeben, dass darin eine innere Verschiedenheit zwischen Korrealität

---

[18]) Ohne für den letzten Fall einen anderen Beleg heranzuziehen als die l. 15 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24.

[19]) S. 37 ff.

[20]) Mages S. 38/39 nimmt freilich einen weiteren Begriff des „gemeinschaftlichen Handelns" an, welcher die beiden Fälle des l. 15 § 2 quod vi aut clam 43, 28 umfasst. Mir scheint das unmöglich zu sein.

(Vertragssolidarität) und Solidarität (gesetzlicher S.) begründet sei. Denn wenn auch der angerichtete Schaden nicht mehr vorhanden ist, sobald er von einem ersetzt wurde, und wenn insofern die mehreren Leistungen sich selbst identifizieren, weil sie ein identisches Zweckmoment schon von vornherein enthalten, welches in die Vertragsobligationen erst hineingetragen werden muss, so darf dabei nicht ausser acht gelassen werden, dass nur, wenn der Thäter leistet, die Mitschuldner derselben befreit werden. Warum nicht auch, wenn ein Dritter, der glaubt, den Schaden verursacht zu haben, irrtümlich denselben ersetzt? Oder wenn die Versicherungsgesellschaft für die zertrümmerte Spiegelscheibe aufkommt? Wir werden auf diesen Fall zurückkommen;[21]) hier können wir uns auf den ersten Fall beschränken: der angerichtete Schaden ist für beide Personen, den Thäter wie den Nichtthäter, der nämliche; die Leistung erfolgt, damit er ersetzt werde; sie wird von dem Geschädigten angenommen, damit dieser Ersatz erhalte. Warum wird dennoch der Thäter nicht befreit? Die Antwort ist freilich sehr leicht: weil ein indebitum geleistet wurde, der Schaden also gar nicht ersetzt worden ist. Immerhin ist dieser Fall für uns nicht belanglos; er zeigt, dass die Leistungen nicht allein durch das Zweckmoment, den Schadenersatz, identifiziert werden, sondern dass eben doch die Person des Verpflichteten im Gegensatz zu allen Nichtverpflichteten dazugehört, und dass das Zweckmoment nur innerhalb eines bestimmten Kreises identifiziert.

Daraus geht hervor, dass es keineswegs die Solidarität ist, welche auf der „Natur der Dinge“ beruht. Nur die Einmaligkeit der Leistung beruht darauf, aber nur dann, wenn die Schuldner je auf das Ganze haften. Die Ganzhaftung aber beruht nur auf praktischen Erwägungen, auf dem Willen des Gesetzes, wie bei der Vertragssolidarität auf dem Willen der Parteien. Und wenn es richtig ist, dass die Einmaligkeit der Leistung bei der gesetzlichen Solidarität auf der Natur der Sache, bei der Vertragssolidarität auf dem Parteiwillen beruht, was folgt daraus für die rechtliche Gestaltung der beiden Fälle? Eine Verschiedenheit auf keinen Fall!

Mages geht ferner von der Unterstellung aus, dass die §§ 1301 und 1302 sich auf die Fälle des Handelns mit und ohne Einverständnis beziehen und behauptet, obwohl er erkennt, dass

---

[21]) Unten § 33.

der § 1302 sich des nämlichen Ausdrucks bedient wie der § 891, die innere Verschiedenheit der beiden Fälle.[22]) Die können wir ihm allerdings zugeben, müssen aber behaupten, dass damit nichts für seine These bewiesen ist; denn beim consilium proprium liegt eben zwar keine Korrealität, aber auch keine Solidarität vor. Es kann darin Stubenrauch[23]) nur zugestimmt werden, dass jeder seinen Anteil am Schaden, richtiger den Schaden, den er verursacht hat, ersetzen müsse. Ist dieser Schaden nicht zu ermitteln, so wird man mit Stubenrauch Haftung zu gleichen Teilen annehmen dürfen. Denn es liegt kein Grund für die Solidarität der Haftung vor. So gewiss das gemeinsame Handeln der mehreren Delinquenten als Einheit erscheint und einen Erfolg auf den gemeinsamen Willen der Thäter zurückführt, so gewiss ist bei Selbständigkeit des Entschlusses und des Handelns keine Einheit der Handlung vorhanden und darum fehlt auch die Einheit des Erfolges. Es mag vielleicht praktisch sein, auch im letzteren Fall dann, wenn sich die Höhe des von dem einzelnen Thäter verursachten Schadens nicht erweisen lässt, jeden Thäter auf das Ganze haften zu lassen; aber das wäre keine Solidarität; wenn durch die Leistung des Schadenersatzes vom einen Thäter der andere befreit würde, so würde dies nur deshalb geschehen, weil der Kläger, wenn er den einen für den ganzen Schaden verantwortlich macht, zugleich den anderen seiner Verbindlichkeit entledigt. Dies scheint sich mir vorzüglich aus dem von Mages selbst beigebrachten Beispiel zu ergeben. Wenn A und X ein Haus an verschiedenen Ecken in Brand stecken, so ist der Erfolg möglicherweise der nämliche, als wenn nur einer die Brandstiftung begangen hätte. Aber daraus folgt die Solidarität nicht. Wenn der Gläubiger jedoch gegen den A allein klagt, so behauptet er, dass auf ihn allein der Erfolg zurückzuführen sei, also nicht auch auf einen anderen. Ein Gesetz kann davon Umgang nehmen und auch hier Solidarität eintreten lassen; es thut dies aber dann aus praktischen, nicht aus logischen Erwägungen. Die Hauptsache aber, dass nämlich der österreichische Gesetzgeber die beiden Fälle unterschiede, hat Mages gar nicht nachzuweisen versucht.[24])

Ferner liegt nach Mages bei Unteilbarkeit der Leistung

---

[22]) S. 40.
[23]) a. a. O. S. 433 Z. 6.
[24]) So auch Harum a. a. O. S. 205.

nach römischem Recht weder Korrealität noch Solidarität vor.[25]) Nach österreichischem Recht ist mit der communis opinio zwischen Gläubiger- und Schuldnermehrheit zu unterscheiden. Der § 890 des ö. B. Gb. behandelt die beiden Fälle ganz so. wie das römische Recht: passiv Korrealität, aktiv keine Solidarität, sondern Gesamt- d. i. geteilte Berechtigung.[26]) Mages erkennt an, dass bei Mehrheit der Schuldner ein „Gesamtschuldverhältnis" vorliegt, solange die Leistung in natura gefordert wird; ob dies aber Korrealität oder Solidarität ist, verschweigt er.

Die Haftung mehrerer Erben für die Schulden des Erblassers wird von Mages im Gegensatz zu Stubenrauch[27]) verschieden behandelt.[28]) Bei der Antretung mit dem beneficium inventarii ist nach Mages die Obligation für alle Schuldner[29]) eine und dieselbe, die jeder vertreten muss. Hier liegt daher Korrealität vor, während die Erben, welche „unbedingt" angetreten haben, blosse Solidarschuldner sind. Der Grund dieser verschiedenen Behandlung ist, dass bei der Errichtung eines Inventars „dem Gläubiger eine Vermögensmasse gegenübersteht, während im anderen Fall die Nachlassmasse verschwunden ist, sodass „es geradeso ist, als wenn der einzelne Erbe der ursprüngliche Schuldner des Gläubigers wäre". U. E. lässt sich damit eine verschiedene Behandlung nicht begründen; die causa obligationis ist in beiden Fällen eine einheitliche, die nämliche, aus welcher der Erblasser verpflichtet wurde. Höher als dieses Argument aber steht uns das andere, dass das Gesetzbuch selbst keine Unterscheidung macht.[30])

Ebenso unbegründet scheint uns die Ansicht von Mages, dass mehrere Kommodatare oder Mieter nur solidarisch, nicht korreal haften.[31]) Man wird zwar Mages zugeben müssen, dass dieselben Solidarschuldner sind; nicht aber, dass diese Haftung von der Korrealität verschieden sei. Mages selbst erkennt an, dass die

---

[25]) S. 42 ff.

[26]) Stubenrauch S. 48, 49.

[27]) S. 47 lit. b.

[28]) S. 57 f.

[29]) So ist statt „Gläubiger" zu lesen (S. 58 Z. 2 oben).

[30]) Hasenöhrl, ö. Obligationenrecht I S. 112 unterscheidet gleichfalls die unbedingte und bedingte Antretung, nimmt aber im ersten Fall Solidarität (im Sinn des ö. B.Gb.) an, im letzteren keine Solidarität, weil es an einer Schuldnermehrheit fehle, da die Verlassenschaftsmasse als einheitliches Rechtssubjekt anzusehen sei. Ebenso Randa krit. Vierteljahrsschr. XVI S. 527 ff.

[31]) S. 61.

Solidarität hier darauf beruht, dass eine Restitution pro rata parte hier nicht möglich ist.[32]) Also handelt es sich um eine unteilbare Obligation, auf welche der § 890 Anwendung finden muss. Es besteht daher kein Grund, die Solidarität abzulehnen.

Eingehendere Betrachtung würde der § 1019 des ö. B. Gb. verdienen, der im Fall eines Auftrags, einem Dritten eine Leistung zu machen, den Mandanten und den Mandatar dem Dritten nach Mages zwar nicht korreal, aber solidarisch haften lässt. Indessen ist dieses Verhältnis wohl richtiger auch von der Solidarität zu unterscheiden, weil die Obligationen der beiden Schuldner ihrem Gegenstand nach verschieden sind.[33]) Der Dritte kann nur vom Mandatar die Leistung, vom Mandanten nur das Interesse fordern bezw. verlangen, dass dieser den Mandatar zur Leistung anhalte;[34]) bei dieser Verschiedenheit des Inhalts ist von Solidarität keine Rede. Das Interesse, welches der Mandant leistet, befreit daher wohl den Mandatar, nicht ebenso aber die „Anhaltung zur Leistung". Hat der Mandant den Mandatar auf Vornahme der Leistung belangt, so hat er seine Schuldigkeit gethan und ist frei, wenn auch der Mandatar siegt und die Leistung an den Dritten infolgedessen unterbleibt. Das Verhältnis ist also ähnlich, wie beim Kreditmandat zwischen dem Mandatar als Gläubiger einerseits und dem Mandanten und dem Kreditnehmer anderseits als Schuldnern: es liegt ein der Solidarität verwandtes Verhältnis vor, welches höchstens als unechte Solidarität bezeichnet werden könnte. —

Im Gegensatz zur societas omnium bonorum, welche nach Mages Korrealität für alle eingegangenen Verbindlichkeiten begründet,[35]) steht die Erwerbsgesellschaft, welche nur Teilobligationen entstehen lässt.[36]) Damit stimmen wir umsomehr überein, als das ö. B. Gb. dies u. E. ganz unzweifelhaft zum Ausdruck bringt.[37]) Weniger ungeteilt ist unsere Zustimmung zu Mages' Beurteilung der Handelsgesellschaft;[38]) aus dem § 1203 des ö. B. Gb., nach welchem Handelsleute im Zweifel „alle für einen und

---

[32]) So glaube ich wenigstens Mages S. 61 f. verstehen zu sollen.

[33]) Vgl. Krainz a. a. O. II S. 140 § 304 N. 9 und I S. 379 ff.

[34]) Vgl. Stubenrauch II zu § 1019 Bem. 2.

[35]) S. 65.

[36]) S. 69 f.

[37]) § 1203.

[38]) S. 99 ff.

einer für alle" haften, wird zu schliessen sein, dass das ö. B. Gb. nichts anderes, als die Korrealität des § 891 vor Augen hat.[39])

Endlich bespricht Mages noch die korrespondierende Verpflichtung zwischen dem debitor cessus und dem Cedenten gegen den Cessionar.[40]) Letzterer erwirbt durch die Cession nicht nur die Rechte des Cedenten gegen den Schuldner, sondern auch selbständige Rechte gegen den Cedenten, und zwar haftet derselbe für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung bis zu dem Betrag, den jener dem Cedenten dafür gegeben hat. Es liegen hier, wie Mages richtig erkennt, zwei Obligationen vor, und zwar von wesentlich verschiedenem Inhalt.[41]) Man wird annehmen dürfen, dass Mages hier weder Korrealität noch Solidarität annimmt, eben dieser inhaltlichen Verschiedenheit wegen. Aber Mages geht weiter, wenn der Cessionar seine Forderung weiter cediert und gleichzeitig seine Regressforderung gegen den ersten Cedenten an seinen Cessionar abtritt. Hier liegen nach Mages[42]) zwei selbständige Verpflichtungen der beiden Cedenten vor, welche inhaltlich gleich sind und die der letzte Cessionar gegen jeden der beiden Cedenten in gleicher Weise geltend machen kann, m. a. W. ein Fall „echter Solidarität".

Wir müssen zugeben, dass dieser Fall noch am meisten für Mages' Ansicht spricht. Aber ist hier wirklich keine Korrealität vorhanden? Der Inhalt der beiden Obligationen ist identisch. Möglicherweise hat allerdings der zweite Cedent dem Cessionar seine Rechte gegen den ersten Cedenten nur deshalb abgetreten, um dadurch von seiner Garantiepflicht frei zu werden, und dies wird sogar die regelmässige Absicht der Parteien sein. Haften aber beide Cedenten, so ist nicht einzusehen, warum hier die Regeln nicht gelten sollen, welche nach § 891 auf die Vertragskorrealität Anwendung finden.[43])

Damit wäre die Magessche Reihe angeblicher solidarischer Verbindlichkeiten erledigt. Wir glauben aber auch aus anderen Gründen diese Lehre zurückweisen zu müssen. Mages sucht eine Verschiedenheit der beiden Gruppen in Bezug auf die

---

[39]) Wir werden bei Besprechung der Korrealfälle des Handelsrechtes auf Mages zurückkommen.

[40]) Mages S. 70.

[41]) S. 71.

[42]) S. 72.

[43]) Über die Konkurrenz zwischen dem Thäter und der Versicherungsgesellschaft (S. 72 ff.) werden wir unten im § 33 handeln.

Wirkungen der Gesamtschuldverhältnisse nachzuweisen.[44]) Der entscheidende Gesichtspunkt ist für ihn bei der aktiven wie bei der passiven Korrealität die Wahl, in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 891.[45]) Das ö. Recht regelt übrigens die Elektionsfrage ebenso wie das gemeine Recht und das römische Recht seit der l. 28 C. de fideiuss., so dass schwierige Fragen hier nicht auftauchen, umso weniger, als Mages die Möglichkeit blosser Solidarität auf der Gläubigerseite verneint. Nur in Betreff der Wirkungen der Klagerhebung bei der aktiven Korrealität gehen Mages und das ö. B. Gb. auseinander. Wenn nämlich nach § 892 der Schuldner das Ganze dem Gläubiger entrichten muss, der „ihn zuerst darum angeht", so scheint zwar darin das römische Präventions- oder Occupationsprinzip ausgesprochen zu sein; aber ein Blick auf den § 893 belehrt uns, dass dem doch nicht so ist: nur dann, wenn ein Mitgläubiger ganz befriedigt worden ist, haben die übrigen Mitgläubiger keinen Anspruch mehr.[46]) Mages freilich operiert mit dem römischen und galizischen Recht, welch letzteres ausdrücklich erklärt, dass der Schuldner an den Gläubiger zahlen müsse, der ihn zuerst darum belangt. Ich gebe zu, dass der § 892 so aufgefasst werden kann; aber er muss es jedenfalls nicht; denn wenn auch der Schuldner an den leisten muss, der ihn „zuerst belangt", so ist doch damit in keiner Beziehung gesagt, dass er sich von dieser Verpflichtung nicht dadurch befreien könnte, dass er einem anderen Gläubiger leistet. Anderseits ist anzunehmen, dass der § 893, wenn er auch auf die freiwillige Erfüllung bezogen werden kann, eine ausdrückliche Normierung der Gesamtkonsumption verlangt haben würde, wenn er sich auf die freiwillige Leistung hätte beschränken sollen. Näher auf diese Frage einzugehen ist hier nicht veranlasst, da sie ausserhalb unseres Beweisthemas liegt.[47]) Wir werden im folgenden auch nur die passiven Solidarobligationen betrachten, da Mages den Unterschied, auf

---

[44]) S. 108 ff.

[45]) Während § 892 für die aktive Korrealität eher den Gesichtspunkt der Prävention nahelegt.

[46]) Wie Mages auch Unger, ö. Privatr. II S. 536 N. 13; noch weiter als Mages gehen Kirchstetter S. 456 N. 4 und Hasenöhrl I S. 126 N. 6, welche annehmen, dass auch die aussergerichtliche Mahnung die Obligation auf den einen Gläubiger konzentriert.

[47]) Vgl. noch Krainz II S. 139 N. 14. Mit uns anscheinend übereinstimmend Stubenrauch II § 893 arg. Bem. 2.

dessen Ablehnung es uns allein ankommt, nur im Fall der Schuldnermehrheit behauptet.

Einen Beleg für seine Unterscheidung erblickt Mages in den Wirkungen der mora und culpa.[48]) Dass die mora nicht den sämtlichen Korrealschuldnern schadet, begründet Mages nach berühmtem Vorbild mit der subjektiven Natur der Interpellation. Insofern gilt natürlich für Korrealität und Solidarität das Nämliche. Dagegen nimmt Mages eine verschiedene Wirkung der culpa in beiden Solidarfällen an. Diese Verschiedenheit erklärt Mages für das römische Recht mit der bald vorhandenen, bald fehlenden Obligationeneinheit.[49]) Für das österreichische Recht führt er sie dagegen auf die §§ 891 u. 1447 zurück, indem bei den blossen Solidarobligationen ein jeder nur seine culpa vertreten will, während bei den Korrealobligationen der eine alles leisten will, was der andere schuldet.[50]) M. E. eine recht ungenügende Begründung. Der § 1447 enthält nur den Satz, dass casus die Obligation aufhebt; der § 891 nur den, dass Korrealschuldner auf das Ganze haften. Dass sie „einer für alle und alle für einen **haften**“, ist nicht gesagt; es ist nur die Begründungsformel der Korrealität mit diesen Worten bezeichnet, und es muss daher abgelehnt werden, aus denselben das Wesen der Korrealität abzuleiten. Vielmehr scheint uns die Sache folgendermassen zu liegen: Nach gemeinem Recht ist die gegenseitige Culpahaftung anzunehmen.[51]) Von dieser hat sich das österreichische Gesetzbuch frei gemacht, wie das preussische Landrecht. Während dieses aber seinen Zweck durch eine ausdrückliche Norm erreicht, so erreicht ihn das ö. B. Gb. stillschweigend. Dazu führt auch der § 1447, der ohne jede Einschränkung gelten will. Das Versehen des einen ist für den anderen casus, mag man sich die Korrealität nun als Einheit oder Vielheit denken. Auch die Füreinanderhaftung würde dieser Annahme nicht im Wege stehen. Das Verschulden würde auch bei ihr nur dann eine Solidarobligation fortbestehen lassen, wenn es gemeinsam wäre; denn andernfalls würde der unschuldige Korreus für die culpa seines Mitschuldners nur zum Teil haften, insoweit nämlich seine Haftung eine fremdnamige wäre. Einen weiteren Grund

[48]) § 13 S. 117 ff.

[49]) S. 118.

[50]) Womit sich Mages, seinem Ausgangspunkt ungetreu, der Vertretungstheorie zuwendet.

[51]) Oben S. 486 zu N. 23.

für seine Annahme findet Mages darin, dass der Gläubiger die Wahl hat, welchen Schuldner er belangen will. Infolgedessen soll er statt des Schuldners, dem die Leistung unmöglich ist, einen anderen belangen können, bei welchem dieser Umstand nicht zutrifft.[52]) Darin können wir Mages nur zustimmen; aber was hat die nur subjektive Unmöglichkeit mit unserer Frage zu schaffen? Die l. 18 D. de duobus reis bezeichnet nach der herrschenden Lehre nur den Fall, wenn durch das Versehen des einen Korrealschuldners die Sache selbst untergegangen, die Leistung also objektiv unmöglich ist. Das Problem ist eben gerade, zu begründen, warum der Korreus für eine casuelle Unmöglichkeit haftet, die in dem Verschulden seines Mitschuldners liegt, während er für das Verschulden anderer Personen nicht haftet. Überdies liegt, was die subjektive Unmöglichkeit betrifft, wohl auch für Mages kein Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität vor.

In ähnlicher Weise werden die übrigen „Wirkungen" der Korrealität behandelt.[53]) Den Ausgangspunkt bilden nicht die Vorschriften des positiven Rechts, des ö. B. Gb., sondern die a priori angenommene Verschiedenheit der Korrealität von der Solidarität, so dass es sich für Mages weniger darum handelt, nachzuweisen, dass die beiden Institute eine praktisch verschiedene Behandlung erfahren, und daraus auf eine begriffliche Verschiedenheit zu schliessen, als darum, mit der einheitlichen Vorschrift den behaupteten Unterschied in möglichst guten Einklang zu bringen, in ein einheitliches Recht die vermeintlich im römischen Recht geltenden Unterschiede hineinzutragen. So legt Mages der Novation schlechthin befreiende Wirkung bei in betreff der Korrealität; bei der Solidarität nur dann, wenn der Mitschuldner nachweist, dass der Gläubiger den Willen der Gesamtaufhebung hatte[54]); das ö. B. Gb. sagt davon kein Wort. Von der problematischen Wirkung der Novation schliesst Mages ferner auf den Erlassvertrag. Erlass und Quittung haben Gesamtwirkung, wenn dies gewollt ist, auch wenn das Geschäft nur mit einem Korreus abgeschlossen wurde.[55]) „Anders bei den Solidarobligationen." Die „Einheit des objektiven Bestandes", welche die Gesamtwirkung bei der Korrealität vermittelt, ist hier

[52]) S. 122.
[53]) § 14 S. 123 ff.
[54]) S. 127 f.
[55]) S. 131.

nicht vorhanden; daher wird nur die Obligation vernichtet, welche behoben werden soll und „wenn das pactum remissorium nicht zugleich einen allgemeinen Verzicht auf die Leistung aller enthält, so wird nur der dadurch Begünstigte aus der Reihe der Zahlungspflichtigen ausgeschieden".[56]) Ein Unterschied, der uns recht unklar geblieben ist!

Die Klagenverjährung läuft nach Mages im römischen Recht einheitlich und muss einheitlich unterbrochen werden, weil „nur eine Klage, eine Obligation" vorhanden ist.[57]) Für das ö. Recht geht Mages vom § 1473 aus: „Wer mit einer von dem Gesetze in Ansehung der Verjährung begünstigten Person in Gemeinschaft steht, dem kommt die nämliche Begünstigung zu statten. Begünstigungen der längeren Verjährungsfrist haben auch gegen andere, darin ebenfalls begünstigte Personen ihre Wirkung." Aber er wendet diesen Paragraphen nur bei den unteilbaren Obligationen an.[58]) M. E. auch hier mit Unrecht: die ratio legis, die darin besteht, dass andernfalls die begünstigte Person um die Begünstigung käme,[59]) kann bei obligatorischen Verhältnissen gar nicht in Betracht kommen. Bei den Korrealobligationen unterscheidet Mages, ob der Gläubiger die „Unterbrechung" durch Klage oder Anerkennung vom Schuldner bewirkt, oder ob die „Hemmung der Verjährung" nur gegen einen Mitschuldner eintritt, womit Mages augenscheinlich die praescriptio dormiens bezeichnen will.[60]) Diese Hemmung soll der Gesamtwirkung entbehren, während die Unterbrechung infolge der Einheit der Obligation gegen alle Schuldner wirkt. Die Mehrheit der Obligationen bei der Solidarität bewirkt dagegen ihre gegenseitige Unabhängigkeit in Bezug auf den Lauf und die Unterbrechung der Verjährung.[61]) Uns ist es zunächst unverständlich, wie Mages trotz der Einheit der Korrealobligation die Gesamtwirkung der Hemmung verneinen kann; im übrigen genügt die Bemerkung, dass das ö. B. Gb. eine verschiedene Behandlung einzelner

---

[56]) S. 131.

[57]) S. 135.

[58]) Von Gemeinschaft kann m. E. auch im österr. Recht bei Obligationen nicht die Rede sein. § 1473 bezieht sich daher nur auf dingliche Rechte. Vgl. Stubenrauch II S. 586; Kirchstetter S. 641.

[59]) Stubenrauch § 1473 N. 1.

[60]) Wie auch das Gesetzbuch selbst §§ 1494 u. 1497.

[61]) Mages S. 138.

Fälle seiner Gesamtschuldverhältnisse auch in dieser Beziehung nicht kennt.[62])

In Bezug auf die Rechtskraft unterscheidet Mages zwischen dem verurteilenden und dem freisprechenden Erkenntnis. „Wenn die Existenz der Obligation gegen den einen Schuldner erwiesen ist, so ist darum nicht die Folge, dass sie auch gegen den anderen dargethan ist.“ [63]) Wir stimmen zu. Wenn dagegen Mages beim freisprechenden Urteil unterscheidet, ob das Urteil die Existenz der Obligation als solcher verneint oder nur die subjektive Bezeichnung des einzelnen betrifft, so halten wir das für wenig konsequent. Wir glauben nicht, dass der Richter eine Obligation „als solche“ feststellen kann;[64]) kann er es aber, so muss die Rechtskraft des verurteilenden Erkenntnisses den nämlichen Umfang haben wie die des freisprechenden. Denn die Begründung, dass mit der Feststellung des Anspruchs gegen den einen nichts gegen den anderen festgestellt werde, ist auch in ihrer Umkehrung richtig: mit der Feststellung, dass der Anspruch gegen den einen nicht besteht, ist keineswegs gesagt, dass er auch gegen den anderen nicht bestehe. Darüber kommt auch das Urteil über die „Obligation als solche“ nicht hinweg.

Diese Beispiele mögen genügen, um Mages zu widerlegen; eine unrichtige Methode kann nicht zum richtigen Ziel geleiten. Auch in Bezug auf die übrigen Rechtsakte bedient sich Mages keiner anderen Methode: nicht Auslegung des Gesetzes, Aufdeckung seines wahren Inhalts, Entwickelung seiner Sätze in ihren Konsequenzen, Konstruktion seiner Begriffe aus positiven Grundlagen ist der Gegenstand der Magesschen Ausführungen; Anpassung des österreichischen Rechts an die Ribbentropsche Theorie ist seine ganze Aufgabe.[65])

Wir haben uns deshalb näher mit Mages beschäftigt, weil der Inhalt seines Buches in unmittelbarster Beziehung zum zweiten Teil unserer Abhandlung steht, und wir glaubten nicht nur die von ihm gewonnenen Ergebnisse widerlegen, sondern auch seine Argumentationsweise dem Leser vorführen zu sollen, weil dieses Verfahren die Antwort ermöglicht, ja eigentlich schon in sich enthält, die wir am Ende dieser Untersuchung auf die

---

[62]) Vgl. Stubenrauch II § 893 Bem. 2 lit. k; Hasenöhrl I S. 153.
[63]) Mages S. 159 ff.
[64]) Vgl. oben § 16.
[65]) Gegen Mages auch Randa krit. Vierteljahrsschr. XVI S. 520 ff.

Frage zu geben haben, die Ihering, Unger, Hartmann und andere so lebhaft beschäftigt hat, ob nämlich die Anwendung der Ribbentropschen Unterscheidung auf die neueren Kodifikationen auf einer inneren Notwendigkeit beruht.

Allerdings nehmen das mehrere Schriftsteller an. Insbesondere gehen für Unger [66]) aus der begrifflichen Verschiedenheit zwischen Korrealität und Solidarität naturgemäss praktische Wirkungen hervor, wenn sie auch im justinianischen und heutigen gemeinen Recht nicht mehr von grosser Bedeutung sind. Allein die Korrealität hat in den meisten neueren Kodifikationen eine Behandlung erfahren, die eine Übertragung der für sie geltenden Regeln auf die Solidarität nicht zulässt. Mit diesem Ausgangspunkt könnte man sich zur Not einverstanden erklären; das Motiv der Ungerschen Ansicht, die Unhaltbarkeit der praktischen Konsequenzen, ist, sowenig es mir thatsächlich begründet zu sein scheint, doch ein praktisches Motiv. Indessen hätte Unger zeigen müssen, dass die Gestaltung der Korrealität in den Kodifikationen sich mit dem Wesen der Solidarität nicht verträgt, wohlbemerkt aber mit dem Wesen nicht einer a priori aufgestellten, sondern einer aus dem Gesetz deduzierten Solidarität, so dass daraus geschlossen werden könnte, der Gesetzgeber habe eine Unterscheidung der Korrealität und der Solidarität vor Augen gehabt, oder würde ihr doch, wenn sie ihm bewusst gewesen wäre, Rechnung getragen haben. Das lässt Unger freilich nicht gelten: nach ihm vermag das Nichterkennen von Lebens- und Rechtsverhältnissen die Thatsache ihrer Existenz nicht zu beseitigen, bedarf die blosse Solidarität in ihrer natürlichen Einfachheit einer besonderen Regelung gar nicht, wie denn in Ländern mit kodifiziertem Recht gar manches Rechtsverhältnis ein lebensvolles Dasein führt, ohne im Gesetzbuch berücksichtigt zu sein. [67])

Aber dieser letzte Gesichtspunkt schlägt nicht durch. Wir zweifeln nicht daran, dass es immer neben dem geschriebenen ein ungeschriebenes Recht geben wird; wo sich aber das geschriebene Recht eines Stoffes bemächtigt, da hat das ungeschriebene seine Geltung verloren. Nicht deshalb leugnen wir die Berechtigung der Unterscheidung im ö. Recht, weil etwa die Solidarität die analoge Anwendung des Korrealitätsrechts ver-

---

[66]) Iherings Jahrb. XXII S. 241.
[67]) S. 242.

trüge, sondern weil wir behaupten und bewiesen zu haben glauben, dass die Normen des ö. B. Gb. auf sämtliche Arten von Solidarobligationen Anwendung finden sollen. Wir haben allerdings unseren Solidaritätsbegriff nicht besonders aus dem ö. Recht entwickelt, aber wir haben zu zeigen versucht, dass er historisch begründet ist und dass das österreichische wie auch das preussische Recht mit unserem Solidaritätsbegriff übereinstimmen.

Die andere Behauptung, dass die Einfachheit der Solidarobligationen eine gesetzliche Regelung entbehrlich mache, ist bereits durch den I. Teil unseres Buches widerlegt. Sie hat nur dann einige hypothetische Berechtigung, wenn nachgewiesen ist, dass eine Solidarität existiert; zum Zweck dieses Nachweises vorgebracht, bildet sie eine petitio principii. Dabei verkennen wir nicht, dass Ungers Deduktion einen ganz anderen Ausgangspunkt als die unsere hat. Wir gingen von der Solidarität aus und untersuchten, ob es neben ihr eine Korrealität gibt; Unger geht von der Korrealität aus. Dass er neben dem Korrealitätsbegriff, den er a priori aufstellt, noch einer Solidarität benötigt, scheint uns verständlich, wenn sie auch damit noch keineswegs erwiesen ist. Deshalb ist es auch begreiflich, warum Unger diesen Solidaritätsbegriff in die neueren Kodifikationen hineintragen zu müssen glaubt: weil diese ihm nur von einer qualifizierten Solidarität, nämlich der Korrealität, zu handeln scheinen. Für uns bildet dagegen nur die Solidarität, unsere Solidarität, den Gegenstand jener Normen; unsere Ausführungen haben bewiesen, dass eine Korrealität im Sinne der herrschenden Lehre ihnen fremd ist.

Das Ergebnis unserer Untersuchung ist demnach, dass der Versuch, die Ribbentropsche Unterscheidung im österreichischen Recht anzuwenden, vergeblich ist. Weder das Gesetz noch die praktische Notwendigkeit nötigen zur Unterscheidung von Korrealität und Solidarität; sondern ausschliesslich aprioristische Theorien, welche Ribbentrops Lehre um ihrer Erhaltung willen auch in unsere modernen Rechte hineintragen. Uns würde es genügen, auf das Stillschweigen des österreichischen Civilgesetzbuchs zu verweisen, welches den Ribbentropschen Unterschied nicht kannte und nicht kennen konnte. Lege non distinguente nec nostrum est distinguere. Freilich haben wir es oft genug erlebt, dass sich Gesetzbücher der Macht des Rechtslebens beugen mussten; aber in diesem Fall war es nicht das lebendige Recht, welches über den Buchstaben triumphierte,

sondern eine Totgeburt von Anfang an, der man vergebens versuchte, mit allen möglichen Mitteln, mit der Verpflanzung ins moderne Recht, ein warmes Leben einzuflössen.

§ 30.

Das französische Recht.

Ihre bedeutendste Stütze glaubt die herrschende Lehre im französischen Recht zu finden. Wenn auch der code civil die Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität nicht kennt, nicht kennen kann, da er älter ist als Ribbentrops Theorie, so hat doch die französische Jurisprudenz im Lauf der Zeit zwischen „obligations solidaires“ und einer „solidarité imparfaite“ unterschieden, und man hat sich auf diese Unterscheidung, die nicht sowohl dem Gesetzgeber, als vielmehr der Interpretationskunst der Franzosen angehört, berufen, um darzuthun, dass die Ribbentropsche Theorie, in der Natur der Sache begründet, gegenüber jeder abweichenden gesetzgeberischen Regelung aufrecht erhalten werden müsse. Es wird sich für uns darum handeln, dieses Argument zu entkräften. Unseren Ausgangspunkt bildet dabei der Nachweis, dass hier eine Unterscheidung in Frage steht, welche ebensosehr in den code civil hineingetragen wurde, wie die Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität in das römische Recht; eine kritische Betrachtung der dieses Ziel verfolgenden Argumentationsmethode der französischen Juristen und endlich ein Blick auf die neuere französische Jurisprudenz werden genügen, um das Argument, welches unsere Juristen aus dieser französischen Unterscheidung für die Ribbentropsche entnommen haben, zu entkräften.

Das Solidaritätsrecht im code civil knüpft im wesentlichen an den Rezeptionsjuristen an, der für Frankreich von der grössten Bedeutung war, an Pothier.[1]) Bei diesem ist die Solidarität im wesentlichen ebenso gestaltet, wie bei unseren deutschen Rezeptionsjuristen, die wir oben kennen gelernt haben.[2]) Wie in unserem gemeinem Recht, so gehen auch bei ihm die angeblichen Solidarobligationen in der Korrealität auf, die er, wie unsere Juristen, als e i n e Obligation mit Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern

[1]) Traité des obligations No. 258—282.
[2]) § 27.

bezeichnet, ohne freilich diese Einheit als konstruktive Grundlage zu verwerten.[3]) Diesen Standpunkt teilt der code civil, indem er von einer Schuld spricht.[4]) Eine Besonderheit besteht im französischen Recht insofern, als es sowohl die passive wie die aktive Solidarität zu einem eigenartigen Gemeinschaftsverhältnis, einer „quaedam societas" gestaltet, welche von jedem Gläubiger und jedem Schuldner soweit vertreten werden kann, als er die Lage seiner Mitgläubiger oder Mitschuldner nicht verschlechtert.[4a]) Daher nützt die Unterbrechung der Verjährung durch den einen Solidargläubiger dem anderen, während Erlass und Eideszuschiebung ihre Wirkungen auf den handelnden Gläubiger beschränken.[5]) Dagegen nützt der dem einen Solidarschuldner zugeschobene Eid dem anderen[6]) und der Erlass kommt den Mitschuldnern zwar nicht unbeschränkt, aber pro rata zu gute,[7]) worin das Gesellschaftsverhältnis zum klarsten Ausdruck kommt. Während unser gemeines Recht den Regress nur bei der Schuldnermehrheit gewährt,[8]) ist im französischen Recht jeder Gläubiger und jeder Schuldner berechtigt, Regress zu nehmen.[9]) Diese Teilung nach innen, die sich auch in der Wirkung des Erlasses äussert, führt aber zu keiner Geteiltheit der Schuld. Das zeigt sich im Fall der Zahlungsunfähigkeit eines Solidarschuldners. Der Art. 1214 lässt den auf den Zahlungsunfähigen entfallenden

---

[3]) Pothier No. 258, 260, 263, 272, 273, 274 u. a. m. In No. 63 behandelt P. die Möglichkeit, dass die eine Obligation bedingt, die andere unbedingt ist, und knüpft daran den Zweifel: On dira peut-être qu'il repugne qu'une seule et même obligation ait des qualités opposées. Sa reponse est, que l'obligation solidaire est une par rapporte à la chose qui en fait l'objecte, le sujet et la matière; mais elle est composée d'autant des lieus qu'il y a des personnes différentes qui l'ont contractée, eine Ausdrucksweise, die auffallend an die Kellersche Formulierung der Obligationeneinheit erinnert. Vgl. dazu Samhaber S. 228 und Crome, Grundlehren des fr. Obligationenrechtes S. 215.

[4]) art. 1197, 1201, 1203, 1209, 1210. Auch stellt der Code die Solidarobligation als eine besonders geartete mit der bedingten, betagten und alternativen Obligation zusammen. Vgl. Crome S. 215 N. 10. Die Jurisprudenz hat immer die Einheit betont: Toullier, le droit civil français VI No. 722, 725, 729, 732; Duranton, Cours de droit fr. VI No. 163, 179, 216; Marcadé IV No. 601; Aubry et Rau IV § 298 III 2° (IVième edit.) p. 247. Crome S. 214.

[4a]) art. 1198 II. Crome S. 216 N. 12; Zachariae II § 298 N. 14.

[5]) art. 1199, 1198 II, 1365 III.

[6]) art. 1365 III u. VI; Crome S. 216 N. 13.

[7]) art. 1285.

[8]) Oben § 27.

[9]) art. 1197; Laurent XVII N. 272; Zachariae II § 298 N. 17; Crome S. 217 N. 15, art. 1213, 1214.

Anteil auf die zahlungsfähigen Schuldner verteilen, so dass sich der Ersatzanspruch des Schuldners, der geleistet hat, in einer Beziehung mehrt, in einer anderen vermindert, indem der durch die Zahlungsunfähigkeit entstandene Ausfall einerseits auch ihn belastet, anderseits den Ersatzanspruch gegen den einzelnen Mitschuldner vergrössert.[10]) Ebenso belastet im Fall des Erlasses der Anteil, welcher auf den zahlungsunfähigen Schuldner entfällt, sämtliche zahlungsfähige, so dass der Erlass zum Teil wenigstens illusorisch wird.[11]) Ferner bewirkt die Beerbung des Gläubigers durch einen Schuldner, dass die Gesamtschuld sich um den Betrag, welcher auf diesen Gläubiger oder Schuldner entfällt, verringert.[12]) Als Konsequenz der Quasisocietät erscheinen ferner die Haftung für culpa und mora alterius,[13]) die Unterbrechung der Verjährung und der Lauf von Verzugszinsen zu Lasten aller Mitschuldner.[14]) Trotz der inneren Geteiltheit wird den Solidarschuldnern das beneficium divisionis versagt.[15]) Da erst die Zahlung alle Schuldner befreit,[16]) so kann der Gläubiger einen Schuldner nach dem anderen belangen.[17]) Dass dem Erlass keine Gesamtwirkung zukommt, ergibt sich schon aus dem art. 1215; indessen setzt der code alles auf den Willen des Gläubigers, indem er den Gesamterlasswillen präsumiert. Der Gläubiger muss, um diese Vermutung zu entkräften, sich alle Rechte ausdrücklich vorbehalten.[18]) Der Zahlung ist die Novation gleichgestellt.[19])

Mit dem Erlass der Forderung darf der Erlass der Solidarität nicht verwechselt werden.[20]) Wenn nämlich ein Solidarschuldner durch Vertrag mit dem Gläubiger zum Teilschuldner wird, so berührt dies die Solidarhaftung der übrigen nur insoweit, als der Betrag ihrer Solidarschuld sich um jenen Teilbetrag kürzt.[21])

Überall haben wir also die Scheidung von Innen- und Aussen-

---

[10]) art. 1214 S. 2.
[11]) art. 1215. Crome S. 217.
[12]) art. 1209.
[13]) art. 1205.
[14]) art. 1206, 2249, 1207.
[15]) art. 1203.
[16]) art. 1200.
[17]) art. 1204.
[18]) art. 1285. Vgl. Art. 1284, Crome S. 225.
[19]) art. 1281.
[20]) Vgl. Crome S. 225 N. 51.
[21]) art. 1210—1212.

verhältnis. Aussen Korrealität, innen Geteiltheit ist die Struktur der französischen Solidarobligation. Aus der gegenseitigen Beziehung, welche die Ausgleichung dieser an sich widersprechenden Gestaltung ermöglicht, ergibt sich das Füreinanderhandeln, welches sich in der Wirkung der Novation und des Erlasses kundgibt. Aber der eine Korreus kann die Lage seiner Mitgläubiger und Mitschuldner nicht verschlechtern: daher kann der Solidarschuldner, obwohl die Kompensation ipso iure wirkt,[22]) sich nicht auf die seinem Mitschuldner zustehende Gegenforderung berufen;[23]) vielmehr hat erst die durchgeführte Kompensation die Wirkung der Gesamtbefreiung.[24]) Dass der Schuldner dem Gläubiger keine Einreden aus der Person seines Mitschuldners vorschützen kann,[25]) ist eine sehr selbstverständliche Vorschrift.[26])

Wir haben deshalb im vorstehenden die wichtigsten Sätze des code civil über die Solidarobligationen widergegeben, weil wir an sie die Frage anknüpfen wollen, ob angesichts derselben behauptet werden kann, dass das praktische Bedürfnis neben diesen obligations solidaires noch anderer, anders gestalteter Gesamtschuldverhältnisse bedürfe. Wir glauben das verneinen zu müssen; wenn trotzdem die französische Jurisprudenz eine besondere Art von Solidarität geschaffen hat, so scheinen uns die Gründe dafür anderswo zu liegen.

Da die Unterscheidung von vollkommener und unvollkommener Solidarität älter als Ribbentrop ist, ist es jedenfalls über jeden Zweifel erhaben, dass die französische Unterscheidung mit der deutschen Lehre von der Korreal- und Solidarobligation in keinem genetischen Zusammenhang stehen kann.[27]) Sie ist ausschliesslich auf dem Boden des französischen Rechts erwachsen und steht mit der eigentümlichen Gestaltung der französischen Solidarität im engsten Zusammenhang. Um sie auf ihren Ursprung zurückzuführen, ist es vor allem notwendig, die vollkommene von der unvollkommenen Solidarität abzugrenzen.

Die echte Solidarität liegt nach den die Unterscheidung vertretenden französischen Schriftstellern dann vor, wenn das Gesamtschuldverhältnis alle die Wirkungen äussert, welche der code

[22]) art. 1290, 1291. Crome S. 226, § 19; § 27.
[23]) Art. 1294 Abs. III.
[24]) Crome S. 226 N. 55.
[25]) Art. 1208 und dazu Crome S. 228.
[26]) Über die Einrede des verhinderten Regresses vgl. Crome S. 229.
[27]) Toullier droit civil. VI No. 723 (ed. III 1821).

civil an die von ihm so genannte „Solidarität“ knüpft.[28]) Die unechte Solidarität dagegen verpflichtet zwar jeden Schuldner auf die ganze Schuld, aber „sans qu'ils soient pour cela représentants les uns des autres, sans que le créancier dès lors pût invoquer l'interruption de prescription qu'il a réalisée contre l'autre, et sans que la plupart des autres règles de notre section pussent s'appliquer“. Bei der ersteren haftet der Schuldner „in totum et totaliter“, bei der letzteren zwar „in totum“, aber nicht „totaliter“.[29]) Die angeführte Auseinandersetzung ist eine blosse These, welche in ein paar nichtssagende Schlagworte zusammengefasst wird. Es ist deshalb erforderlich, die Fälle der unechten Solidarität zu ermitteln.

Nach französischem Recht entspringt die Solidarität aus Vertrag, letztem Willen oder Gesetz.[30]) Fälle gesetzlicher Solidarität sind die artt. 396 und 1033. Wenn die Mutter mit ihrem zweiten Ehegatten die Vormundschaft über ein ersteheliches Kind führt, so sind beide Vormünder für die Verwaltung solidarisch verantwortlich. Ebenso haften mehrere Testamentsexekutoren solidarisch für die Verwaltung des Nachlasses. Ferner die artt. 118, 140 und 187 des code de commerce, nach welchen mehrere Wechselschuldner solidarisch haften. Während Aubry und Rau diese Fälle als echte Solidarität bezeichnen, liegt eine unvollkommene Solidarität dann vor, wenn mehrere Personen der öffentlichen Ordnung wegen oder „pour la garantie de certains intérêts“ einer „responsabilité solidaire de suites d'un fait dommangeable“ unterliegen.[31]) Dahin rechnen Aubry und Rau den Fall des art. 395, nach welcher der zweite Ehemann und die Mutter für die Vormundschaft über ihr ersteheliches Kind solidarisch haften, wenn diese es unterlässt, den Familienrat von dem Vorhaben ihrer Wiederverehelichung in Kenntnis zu setzen und eigenmächtig die Vormundschaft weiterführt. Ferner den art. 1442, nach welchem, falls die Gütergemeinschaft durch den Tod eines der Ehegatten gelöst wird, der überlebende Ehegatte mit dem Nebenvormund für jeden Nachteil solidarisch haftet, den die minderjährigen Kinder durch die Unterlassung der Inventarisierung erleiden; ferner den art. 1734, welcher die Mieter eines Gebäudes solidarisch für Feuerschaden haften lässt; endlich der art. 55 des code pénal, nach welchem die Mitthäter für Schaden-

[28]) Marcadé, explication du code Napoléon (V ième edit). IV N. 593 p. 463.
[29]) Marcadé citiert Dumoulin ohne Quellenangabe.
[30]) art. 1202. [31]) Aubry et Rau IV p. 20.

ersatz, Restitution, Geldbusse und die Kosten des Verfahrens solidarisch haften.[32])

Andere Schriftsteller rechnen unter die Solidarité imparfaite auch die unteilbaren Obligationen, die Haftung des Schadenstifters und des Versicherers für den entstandenen Schaden, des Darlehensschuldners und des Kreditmandanten gegenüber dem Darlehensgeber, des Deleganten und Delegators bei der délégation imparfaite;[33]) auch die Haftung der Eltern und Lehrer für den von ihren Kindern und Zöglingen angerichteten Schaden,[34]) mehrerer in getrennten Akten bestellter Bevollmächtigter, mehrerer Auftraggeber und die Verpflichtung des Kommissionärs und Zwischenkommissionärs,[35]) sowie des Rheders und Schiffers.[36])

Es herrscht also über die Fälle echter und unechter Solidarität keineswegs Übereinstimmung. Während nach Aubry der art. 395 einen Fall unechter Solidarität behandelt, liegt nach Rodière ein Fall echter Solidarität vor.[37]) Während Toullier die echte Vertragssolidarität von der Einheit des Verpflichtungsaktes abhängig macht und beim Mangel dieser Einheit unechte Solidarität annimmt, sofern die späteren Schuldner nicht die Mandatare des zuerst Verpflichteten sind,[38]) liegt auch bei Mehrheit der Akte nach Duranton[39]) dann echte Solidarität vor, wenn sich der spätere Akt auf den früheren bezog; nach Zachariae ist dagegen überhaupt nur im Fall der Aktseinheit Solidarität anzunehmen, welche natürlich vollkommene Solidarität ist.[40]) Allerdings wendet Marcadé, welcher Toullier folgt, mit Recht gegen diese Unterscheidungen ein,[41]) dass überhaupt nur dann, wenn sich der zweite Akt auf den ersten bezieht, die Solidarität und damit die Frage, ob sie vollkommen oder unvollkommen ist, in Betracht kommen kann,[42]) und dass anderseits dann, wenn mehrere das Nämliche schulden, es aber nur einmal

---

[32]) Aubry et Rau p. 20. [33]) art. 1275. [34]) art. 1384.

[35]) Code de commerce art. 99. [36]) Code de commerce art. 216.

[37]) Rodière, de la solidarité et de l'indivisibilité 1852, No. 39, 49—54, 96, 169. Vgl. Samhaber S. 242. Ebenso Mourlon, cfr. Demolombe S. 225, S. 229 No. 293; Aubry S. 14.

[38]) No. 723. Vgl. Samhaber S. 238; Hartmann Zeitschr. f. schweiz. Recht N. F. VI S. 148.

[39]) Cours de droit français XI No. 188.

[40]) II S. 160. [41]) IV No. 600 p. 467 f.

[42]) Die Begründung, dass andernfalls von Identität der Schuld nicht die Rede sein könne (p. 468) zeigt nahe Berührungspunkte mit unseren Ausführungen im ersten Kapitel.

zu leisten haben, eben eine Solidarobligation vorliegt; aber für Zachariae ist eben zweifelhaft, ob die Einmaligkeit der Leistung durch getrennte Verpflichtungsakte erreicht werden kann, und Marcadés Bemerkung gegen Duranton ist weniger eine Widerlegung desselben, als eine Korrektur der allzuweiten Formulierung von Toulliers Behauptung. Indessen kann es sich für uns nicht darum handeln, die einzelnen Lehren aus dem code heraus zu widerlegen; es muss uns genügen, ein kurzes Bild von der Lehre im allgemeinen zu geben, nach welchem sich der Leser sein Urteil selbst bilden kann.

Was die Anwendung der Unterscheidung auf die einzelnen Fälle betrifft, herrscht also in der französischen Jurisprudenz die nämliche Zerfahrenheit, wie bei uns; es ist das schon ein übles Anzeichen. Weniger gehen die einzelnen Juristen in ihrer Begründung der Unterscheidung auseinander. Wenn Marcadé nur im Fall der Aktseinheit vollkommene Solidarität annimmt, so geschieht dies wegen der eigentümlichen Gestaltung der französischen Solidarität, nach welcher die Schuldner in einem gegenseitigen Mandats- oder Societätsverhältnis stehen. Ein solches schien den französischen Juristen nur bei gemeinsamer Verpflichtung denkbar zu sein; bei zeitlich verschiedenen Verpflichtungsakten fehlt die Gegenseitigkeit, die allein im stande ist, eine gegenseitige Vertretungsbefugnis zu begründen und so die Anwendbarkeit der Sätze des code civil zu ermöglichen.[43])

Uns scheint freilich diese Argumentation, wenn sie konsequent sein sollte, dahin führen zu müssen, der Vertragssolidarität mit einheitlichem Verpflichtungsakt alle anderen Fälle, insbesondere die gesetzliche Solidarität, als solidarité imparfaite gegenüberzustellen; trotzdem nimmt gerade Marcadé bei der gesetzlichen Solidarität vollkommene Solidarität an. Aber mit welcher Begründung: die Schuldner haben sich associiert für die Zuwiderhandlung; daher associiert sie das Gesetz für den Schadenersatz![44]) Also kommt es doch weniger auf den Willen der Parteien, als vielmehr auf den des Gesetzes an? Völlig inkonsequent scheint es mir aber zu sein, wenn Marcadé[45]) wieder bei den sogenannten Civildelikten unvollkommene Solidarität annimmt, weil „quoique les auteurs multiples d'une état civil se trouvent, par la nature même des choses, responsables chacun pour le tout (puisque chacun a causé de fait et d'intention le dommage entier),

---

[43]) Marcadé p. 469. [44]) p. 470 No. 604. [45]) p. 471.

cependant, comme il n'existe ni titre ni texte de loi qui les constitue debiteurs solidaires. Deshalb, weil diese Solidarität im Gesetz nicht ausdrücklich anerkannt ist, sind die Civildeliktsschuldner nicht gesetzliche Mandatare und gegenseitige Stellvertreter! Wir meinen, dass ebenso, wie der code die Kriminaldelinquenten in eine Zwangssocietät stecken kann, auch das Herkommen die Civildelinquenten zu vollkommenen Solidarschuldnern machen kann, wenn es überhaupt im stande ist, eine Solidarhaftung zu begründen.[45a])

Die Begründung der Unterscheidung zwischen solidarité parfaite und imparfaite lässt uns zugleich ersehen, dass das treibende Motiv keineswegs die praktische Notwendigkeit war, die Hartmann, Ihering, Unger und andere herbeiziehen, sondern Bedenken gegen die Möglichkeit der dem Gesetz im Normalfall zu Grunde liegende Konstruktion. Macht man den Korreus zum Mandatar oder Socius seines Mitschuldners, so scheint allerdings eine Reihe von Sätzen, die sich, wie wir oben gezeigt haben, aus dieser Auffassung ergeben, dann keine Anwendung finden zu können, wenn von einem gemeinsamen Verpflichtungswillen nicht die Rede sein kann. Aber es gelingt den französischen Juristen nicht, diese Unterscheidung konsequent durchzuführen, weil sie eben im Gesetz selbst nicht die geringste Grundlage findet. Es hat sich daher schon Samhaber mit bemerkenswerter Objektivität gegen die Unterscheidung ausgesprochen,[46]) und heute ist dieselbe, der es nie an Gegnern gefehlt hat, als überwunden zu betrachten.[47]) Man hat erkannt, dass das Gesetz zwischen den beiden Solidaritäten nicht unterscheidet, dass die Solidarität sowohl, welche auf Vertrag beruht, wie die gesetzliche, immer „parfaite“ ist.[48]) Wo dies überhaupt nicht der Fall ist, spricht das Gesetz überhaupt nicht von Solidarität.[49]) Insbesondere haften Civildelinquenten, deren Anteil am verursachten Schaden sich nicht feststellen lässt, solidarisch, und es liegt dann eine zweifellos vollkommene Solidarität vor.[50]) Dies ergibt sich daraus, dass der art. 1202 des Code die Vertrags- und Gesetzessolidarität mit umfasst, anderseits zwar keine gesetzliche Vor-

---

[45a]) Vgl. auch Rodière No. 171—175.

[46]) S. 242 ff. Vgl. auch Vacano über die Lehre des Code Napoléon von den Solidarobligationen Trier 1859, S. 8—14.

[47]) Crome S. 220 N. 27.

[48]) Demolombe, cours de code Napoléon XXVI S. 204 No. 293 squ.

[49]) Demolombe No. 275 Z. 1, 2 p. 205. [50]) p. 208.

schrift die Solidarität bei den Civildelikten ausspricht, aber dass die ratio die nämliche ist wie bei den Delikten des art. 55 des code pénal: jeder haftet auf das Ganze, wenn und weil sein Anteil nicht bestimmbar ist, und es besteht kein Grund, weshalb diese Solidarität anders geartet sein soll als in anderen Fällen. Daher ist die Solidarität, wenn sie überhaupt vorhanden ist, immer „parfaite".[51]) Gegenüber dem Umstand, dass das Gesetz nicht unterscheidet, kann die Argumentation mit der Möglichkeit einer Gesellschaft im einen, der Unmöglichkeit im anderen Fall nicht in Betracht kommen.[52]) Der Gesetzgeber hat eben auch in den Fällen gesetzlicher Solidarität eine Art von Societät anerkannt; die Fälle des art. 1442 code civil und art. 55 code pénal sind dieser Quasisocietät nicht ungünstiger, als andere Fälle gesetzlicher Solidarität. Man wendet zwar ein, dass es keine gültige societas maleficiorum gebe; aber von einer societas im technischen Sinn ist bei der Solidarität überhaupt keine Rede.[53]) Und „die Vorstellung eines Mandats ist jedenfalls kein oberstes gesetzliches Prinzip, dem alle Erscheinungen sich zu bequemen hätten".[54]) Die Solidarität ist deshalb eine einheitliche, weil es für die angebliche Unterscheidung an jedem sicheren Kriterium fehlt: allerdings lässt der code selbst Ausnahmen von den Regeln der art. 1200 ff. eintreten; aber diese sind eben Ausnahmen und als solche nicht geeignet; einen besonderen Solidaritätsbegriff zu rechtfertigen.[55])

[51]) Demolombe p. 219 No. 287. Ebenso die Praxis und die Mehrzahl der Schriftsteller; siehe Demolombe p. 215 unten und p. 216 No. 284 squ.

[52]) Demolombe No. 288 p. 220, art. 1205, 1206, 1207. Dass im Fall der Mitthäterschaft bei einem Delikt vollkommene Solidarität vorliegt, beweist der art. 637 code d'instruction criminelle, welcher über die Kriminalverjährung das Nämliche vorschreibt wie Art. 1206 code civil. Vgl. auch Laurent, principes de droit français XVII p. 311—331, der insbesondere auch darauf hinweist, dass unter den Anhängern der Unterscheidung kein Einverständnis herrscht und dass das Schweigen des code „decisif" ist. (Gegen Mourlon. répétitions II p. 564 f.)

[53]) Demolombe p. 222. Colmet de Santerre t. V p. 215 sq. N. 135 bis II. Laurent p. 315. Demolombe p. 219 N. 287, p. 220 No. 288. Eine Hauptstütze für die solidarité imparf. bildet die Haftung mehrerer Mieter für Brandschaden. Jedenfalls aber lässt sich dieser Fall, den auch Aubry u. Rau unter die unvollkommene Solidarität rechnen, ebenso leicht unter die Vertragssolidarität stellen wie der mehrerer Kommodatare, da die Mieter ja nicht ohne ihren Willen in das Verhältnis der „colocateurs" gekommen sind. Vgl. Art. 1754, Demolombe p. 223. [54]) Samhaber S. 243.

[55]) Demolombe No. 290 p. 225 f.; cfr. code de commerce art. 140, 157 u. 167, 168, im Gegensatz zu Art. 1206 des code civil.

In der That sind auch die Fälle, in welchen man unvollkommene Solidarität annimmt, ganz willkürlich ausgesucht.

Nach Aubry beruht in vielen Fällen anscheinend gesetzlicher Solidarität in Wirklichkeit die Solidarität auf Vertrag; so bei mehreren Kommodanten und Kommodataren, bei der Haftung der mère tutrice und des mari contuteur und von mehreren Testamentsexekutoren. Hier soll die Solidarität die Wirkungen der Vertragssolidarität äussern, weil diese Solidarität sich an eine bereits existierende Obligation anschliesst, die sich aus der Übernahme oder Übertragung gewisser, ungeteilt den Schuldnern auferlegter Funktionen ergibt.[56]) Eine Begründung, die kaum ernst zu nehmen ist. Mit Recht wendet dagegen Laurent ein, dass von Vertragssolidarität hier keine Rede sein kann. Nicht sein Wille macht den Ehegatten zum Solidarschuldner, sondern das Gesetz, und zwar trotz des Willens der Ehegatten, die mit der Behauptung, dass sie die Solidarität nicht gewollt haben, nicht gehört werden. Und ebenso regelt das Gesetz die Wirkungen dieser Solidarität, ohne auf den Parteiwillen Rücksicht zu nehmen.

Wie in Bezug auf die Entstehungsgründe, so herrscht auch in betreff der Wirkungen der solidarité imparfaite die grösste Willkür. Unechte Solidarschuldner können einander nicht vertreten; also schadet die culpa des einen dem anderen nicht, und ebenso die gegen den einen erfolgte Unterbrechung der Verjährung.[57]) Davon weiss der code nichts. Das Institut, welches der Gesetzgeber „solidarité“ nennt, liegt vor, wenn die Schuldner „sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité et que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier“.[58]) Diese Solidarität, welche auf alle Fälle von Solidarobligationen passt und alle umfassen will, liegt also stets dann vor, wenn mehrere Schuldner zu einer ungeteilten Leistung verpflichtet sind; wenn der Code

---

[56]) Aubry et Rau IV p. 19—21 § 298 ter.; dagegen Laurent p. 315 No. 316.

[57]) Mourlon, répétitions II p. 564 u. 565. Vgl. Rodière No. 171—175, welcher noch weitergehende Unterschiede annimmt. Mourlon, répétitions II p. 658 f. unterscheidet nur insofern, als bei der echten Solidarität des rapports très frequents bestehen, bei der unechten dagegen des rapports fort rars, Mit berechtigter Ironie fragt Demolombe dagegen: Mais est-ce qu'est là une règle, un critérium?

[58]) art. 1200.

noch besondere Einzelvorschriften gibt, ohne zu unterscheiden, so will er eben diese Vorschriften unterschiedslos auf alle Solidaritätsfälle angewendet wissen. Nur in einem Fall unterscheidet der code nach den Entstehungsgründen: art. 1203, welcher das beneficium divisionis ausschliesst, spricht nur von der solidarité conventionelle; deshalb gewährt auch Marcadé den unechten Solidarschuldnern das beneficium divisionis.[59]) Aber das Argument aus dem art. 1203 ist nur ein sehr scheinbares; denn die Annahme Marcadés ist unvereinbar mit seiner Begriffsbestimmung der unvollkommenen Solidarität, nach welcher jeder Schuldner selbständig und vollkommen unabhängig vom anderen haftet.[60]) Mit Recht wenden daher die übrigen Anhänger der Unterscheidung den art. 1203 auf alle Solidarfälle unterschiedslos an, obwohl dies der einzige Artikel ist, der eine Unterscheidung dem Wortlaut nach rechtfertigen könnte.

Die Unterscheidung im französischen Recht, auf welche unsere Romanisten so grosses Gewicht legen, ist also keine praktische, sondern eine theoretische; sie lässt ein inneres Prinzip ebenso vermissen, wie Ribbentrops Unterscheidung im römischen Recht; sie ist in ihren Anwendungen problematisch und besitzt nicht einmal die äusserlichen Stützen, die das römische Recht der Ribbentropschen Lehre geboten hat. Sie gehört endlich der Vergangenheit an. Wie die französische Theorie und Praxis sie nach und nach aufgegeben hat, so hat auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts die Existenz der solidarité imparfaite verneint.[61])

Diesen Argumenten haben wir nichts hinzuzufügen; sie sprechen selbst laut genug gegen die angebliche Unterscheidung. Aber, was uns wichtiger dünkt, diese Ausführungen zeigen zugleich, dass die Unterscheidung zwischen solidarité parfaite und imparfaite weder in historischer noch in dogmatischer Beziehung einen Berührungspunkt mit Ribbentrops Unterscheidung zwischen

---

[59]) Marcadé No. 604 p. 470.

[60]) Demolombe No. 300 p. 236; Laurent p. 313 No. 315.

[61]) Entsch. d. R.G. in Civilsachen XIX S. 387, XXIII S. 329. Das R.G. wendet sich besonders gegen die unvollkommene Solidarität aus Civildelikten, art. 1382, 1383. Jeder Thäter haftet für den von ihm verursachten Schaden; lässt sich dieser nicht feststellen, so haftet er allerdings für den ganzen Schaden, aber es liegt keine Solidarität, sondern ein „rein thatsächliches Verhältnis“ vor, welches keiner Regelung bedarf (XXIII S. 330). Vgl. dazu, was wir oben zu l. 15 § 2 D. quod vi aut clam bemerkt haben.

Korrealität und Solidarität hat. Man hat zwar schon ehedem behauptet, dass mit der ersteren Unterscheidung Ribbentrops Lehre in das französische Recht verpflanzt worden sei;[62]) aber mit Unrecht. Die Begriffe „solidarité imparfaite“ und „blosse Solidarität“ decken sich weder in ihrem Umfang, noch in ihren wesentlichen Merkmalen, noch in der praktischen Anwendung.[63]) Sie können aber auch schon deshalb mit einander nicht in genetischem Zusammenhang stehen, weil die französische Unterscheidung die ältere ist. Freilich ist ihr Ursprung allmählich in Vergessenheit geraten, und thatsächlich ist die Lehre Ribbentrops nicht ohne Einfluss auf das französische Recht geblieben. Wenn daher die Anhänger der Unterscheidung zwischen solidarité parfaite und imparfaite die angebliche Unterscheidung im römischen Recht als Stütze heranziehen, so begehen sie damit keinen grösseren Fehler als unsere deutschen Juristen, welche sich auf die französische Unterscheidung berufen. Allerdings führen auch die Gegner die letztere auf Ribbentrop zurück und sehen darin einen Grund mehr, sie zu bekämpfen. Die Redaktoren des code haben nur Pothier gekannt und benutzt und dieser hat nicht unterschieden, wie sich daraus ergibt, dass er gerade in einem Fall, in dem man heute von sog. unvollkommener Solidarität spricht, die vollen Wirkungen der solidarité parfaite eintreten lässt.[64]) Auf Pothier aber, nicht auf Ribbentrop und Fritz, beruht der Code civil. Laurent bezeichnet es deshalb als eine falsche Methode, in den Code eine „deutsche“ Theorie hineinzutragen: die deutsche Wissenschaft hat sich in unsere Streitfragen nicht zu mischen. Sie verdunkelt, statt zu erhellen; sie ist den Nachweis für ihre Unterscheidung schuldig geblieben und sie musste es, weil er unmöglich ist.[65])

Es scheint uns veranlasst, auf diese Erscheinung besonders hinzuweisen, denn sie ergibt zur Evidenz, dass aus dem französischen Recht kein Argument für die Geltung der Ribbentropschen Unterscheidung im gemeinen Recht gewonnen werden kann. Die französische Unterscheidung ist nicht die Ribbentropsche; was beweist die eine, wenn sie selbst berechtigt sein sollte, für die andere? Wo ist das tertium comparationis? dass

---

[62]) Warnkönig, Magazin für badische Rechtspflege II S. 203 ff.

[63]) Samhaber S. 244 f.

[64]) Pothier, traîté des obligations No. 264.

[65]) Vgl. Laurent No. 316 p. 316, No. 318 p. 318, No. 317; Demolombe p. 225 No. 289.

aber trotz des Schweigens des Code civil die französischen Juristen unterscheiden zu müssen glaubten, beweist nur, dass es auch anderwärts abstrakte Theoretiker und verfehlte Methoden gibt, dass endlich die französischen Juristen von heute ihre Unterscheidung von ehemals auf den aus Deutschland importierten Unterschied der Korrealität und Solidarität im römischen Recht zurückführen, ist nur ein Beleg dafür, welch enormen Einfluss die deutsche romanistische Schule in Frankreich, wie anderswo, gewonnen hat, aber diese Thatsache beweist nicht im geringsten, dass die Ribbentropsche Unterscheidung selbst einem praktischen Bedürfnis der Franzosen abgeholfen hätte. Sind doch nach wie vor die beiden Unterscheidungen inkomparabel geblieben. Dass aber die französische Praxis den Unterschied abgelehnt hat, ist wohl der beste Beweis dafür, dass derselbe praktisch unbegründet und unbenötigt war.[66])

Deshalb muss es uns befremden, wenn das französische Recht dafür herangezogen wird, dass der Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität auf „innerer Notwendigkeit" beruhe. Auf welcher Notwendigkeit? Muss man nicht bekennen, dass, was für das eine Recht innere Notwendigkeit ist, es für das andere nicht zu sein braucht? Würde dann, wenn das römische Recht nur die Solidarität, nur den einen Satz, dass des einen Schuldners Leistung den anderen befreit, entwickelt hätte, eine innere Notwendigkeit bestanden haben, in einigen oder den meisten Fällen diese Solidarität zur Korrealität zu steigern? Die „innere" Notwendigkeit hat doch zur unumgänglichen Voraussetzung die Gleichheit der Prämissen, d. h. des Gesamtschuldverhältnisses im grossen und ganzen. Nur wenn die Verhältnisse in einem

[66]) Unger Iherings Jahrb. XXII S. 242 N. 76 behauptet, dass Demolombe p. 204 ff. zwar den Unterschied zwischen Solidarité parfaite und imparfaite ablehne, aber p. 89, 95 u. 233 sq. selbst zwischen solidarité und simple obligation in solidum unterscheide. Dabei ist ein Irrtum unterlaufen. Demolombe S. 95 erkennt, dass das Wort „solidaire" vom lat. „solidum" kommt und knüpft daran die Bemerkung: et pourtant, voilà que, pour faire comprendre, qu'une certaine obligation n'est pas solidaire, nous nous mettons à dire qu'elle est in solidum! Faut-il s'étonner s'il est résulté de tout ceci une grande confusion? Und wenn er p. 229 die Worte „solidaire" und „in solidum" in Gegensatz stellt, so scheidet er die „obl. in solidum", wie sie gewöhnlich genannt wird, damit aus dem Begriff der Solidarobligation überhaupt aus, wie der folgende Satz beweist: Mais à la condition qu'il sera bien entendu que c'est une qualification impropre et qu'il n'existe alors aucune solidarité, und nur unter diesem Vorbehalt nimmt er im folgenden die Unterscheidung hin. Mit der Unterscheidung Toulliers hat dies aber keinen Berührungspunkt.

Recht nicht wesentlich anders gestaltet sind als im anderen, kann von einer Gleichheit der legislativen Postulate die Rede sein. Davon kann gerade hier keine Rede sein. Der Stein des Anstosses war für die französischen Juristen die innere Gestaltung der Solidarobligation als Quasisocietät; wie wir oben gezeigt zu haben glauben, ist im römischen Recht bei der Korrealobligation ein Innenverhältnis überhaupt nicht vorhanden.

Dass also „nicht praeter legem, sondern sogar contra legem“ die Unterscheidung zwischen solidarité parfaite und imparfaite aufgestellt werden und Beifall finden konnte, beweist keineswegs, dass es sich hier „um praktische und zwingende Bedürfnisse und Anforderungen der Gerechtigkeit handelt“, wie Hartmann annehmen will.[67]) Es ist die Herrschaft der nominell längst zu Grabe getragenen naturrechtlichen Anschauung, dass die Vorschriften des römischen Rechts eine naturalis ratio enthalten, der sich niemand, auch nicht der souveräne Gesetzgeber, entziehen kann, auf welcher eine solche Argumentation beruht.

Es waren keine praktischen Momente, sondern es war die theoretische Konstruktion, welche zur Aufstellung der Unterscheidung führte; man empfand es nicht sowohl ungerecht, dem gesetzlichen Solidarschuldner den Regress zu gewähren, als vielmehr unmöglich, weil man den Regress auf die Societät zurückführte, die man bei der gesetzlichen Solidarität nicht annehmen zu können glaubte.

Wenn aber später die Unterscheidung auf die römisch-ribbentropsche von Korrealität und Solidarität zurückgeführt wurde, waren da praktische Momente ausschlaggebend? Es heisst den Gang der Dinge verkennen, wenn man dies annimmt.[68]) Bei keinem Schriftsteller finden wir einen Hinweis auf das praktische Bedürfnis; die Praxis hat sich gegen diese Lehre stets ablehnend verhalten. Die Ribbentropsche Lehre kam vielmehr nach Frankreich mit dem ganzen römischen Recht hinüber, und nur als Glied derselben; es war dies eine Rezeptionsbewegung, die von Deutschland das reine römische Recht als Produkt deutscher geschichtlicher Rechtswissenschaft nach den romanischen Ländern zurückbrachte, wie ehedem Deutschland das römische Recht aus den Händen der romanischen Juristen empfangen

[67]) Zeitschr. f. schweizerisches Recht N. F. VI S. 149.

[68]) Über die Unterscheidung im badischen Landrecht vgl. Kohler krit. Vierteljahrsschr. N.F. XI S. 214f.

hatte. Und dass man dieses Recht auf den code Einfluss gewinnen liess,[69]) hat mit praktischen Bedürfnissen nichts zu schaffen. Solche Rezeptionen pflegen nicht auf dem praktischen Bedürfnis zu beruhen. Sie sind keine praktischen, oder, wenn wir so sagen dürfen, ökonomischen, sondern kulturelle Bewegungen. Dass dies gerade hier der Fall war, ist unschwer einzusehen. Die Thatsache, dass Frankreich ein kodifiziertes Recht hatte, erklärt den Vorsprung, den unsere romanistische Jurisprudenz vor der französischen nehmen konnte; denn einerseits beschäftigte sich die französische Rechtswissenschaft zunächst mit dem code, das römische Recht als unpraktisch vernachlässigend, wie denn der Zustand des kodifizierten Rechts mehr auf die dogmatische als auf die historische Forschung hinwies; anderseits ist es eine oft gemachte Erfahrung, dass Kodifikationen des geltenden Rechts keine Hebung der Jurisprudenz, sondern das Gegenteil bewirken, und beim code Napoléon musste dies umsomehr der Fall sein, als er selbst das Produkt keineswegs hoher Wissenschaftlichkeit war. Als man sich später wieder der Erforschung des römischen Rechts zuwandte, da war es der deutsche Romanismus, der seinen Einzug in Frankreich hielt und neben anderen fertigen Produkten auch die Korrealobligation über die französische Grenze brachte. Aber sie wurde nicht praktisch; sie gehörte dort wie hier der Begriffsjurisprudenz an, und diese ist wohl heute auch dort ein überwundener Standpunkt.

Die Gerechtigkeit verlangt jedoch, eines hervorzuheben: Weit mehr als das römische Recht, wie dieses uns im ersten Teil unserer Untersuchung entgegengetreten ist, ist für die Unterscheidung zweier Arten von Solidarobligationen im französischen Recht ein Bedürfnis vorhanden. Allerdings nur in einer Beziehung, von der auch die französische Lehre ausgegangen ist

Wir haben schon im I. Kapitel anerkannt, dass die Möglichkeit, eine Korrealobligation in zeitlich getrennten Akten zu begründen, im Fall der Gläubigermehrheit undenkbar ist, im Fall die Schuldnermehrheit undenkbar wäre, wenn die Korrealität die Haftung der einzelnen Schuldner vermehren würde. Wenn wir im justinianischen Recht die Notwendigkeit der Akteinheit verneinten, so geschah dies deshalb, weil wir annehmen zu dürfen

[69]) Laurent No. 316 p. 316 erhebt Protest gegen die Methode, die den code civil aus den Digesten erklären will. Eine unserer historischen Methode verwandte Erscheinung!

glaubten, dass die Korrealität den Schuldner nicht benachteilige, ihm vielmehr ausschliesslich von Vorteil sei. Ist doch der einzige Satz, welcher dieser Annahme entgegenstand, dass der correus für das Verschulden seines Mitschuldners hafte, in den Quellen nicht begründet, so dass die Worte „alterius factum alteri quoque nocet" kein allgemeines Prinzip enthalten.

Anders das gemeine Recht und der code civil, welch letzterer sogar die gegenseitige Verzugshaftung anerkennt und aus der l. 18 D. de duobus reis sein ganzes Korrealitätsrecht entwickelt.

Damit will sich eine successive Begründung der Solidarität schlechthin nicht vereinigen lassen; es hiesse, den Schuldner für mehr haften lassen als er versprochen, in einem Masse, welches er nicht voraussehen konnte, für Vorkommnisse, deren Zurechnung an sich er gar nicht hindern kann. Deshalb scheint uns in dem einen Fall der Solidarité imparfaite, den Toullier hervorgehoben hatte, thatsächlich ein praktisches Bedürfnis für die Annahme einer unvollkommenen Solidarität zu bestehen, sofern man nicht vorzieht, als Erfordernis der Vertragssolidarität die Einheit des Begründungsaktes festzuhalten. Übrigens ist auch diese Frage kaum von grosser praktischer Bedeutung, da der Fall einer späteren Verpflichtung ohne die Einwilligung des ersten Schuldners sich kaum besonders häufig ereignen wird. [70])

§ 31.

Schweizerisches Recht.

Das Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1854—1856 unterschied zwischen Teilobligationen, Gesamtschulden und Solidarschulden, [1]) was mit der Unterscheidung unserer Romanisten

[70]) Über das italienische Recht vgl. den Codice civile italiano art. 1184 bis 1201, welche dem code civil fast wörtlich entnommen sind.

[1]) § 935: Es können sowohl auf der Seite des Gläubigers als auf der des Schuldners zwei oder mehrere Personen an dem Vertrage teilnehmen und zwar:

a) entweder so, dass jeder der mehreren Gläubiger oder Schuldner ohne Teilung der Forderung oder Schuld zunächst für das Ganze berechtigt oder verpflichtet erscheint (Solidarforderung und Solidarschuld);

b) oder so, dass zwar zunächst die Forderung oder Schuld in Teile zerfällt, aber die Teile fortdauernd als Bestandteile einer sie verbindenden Gesamtforderung oder Gesamtschuld zu betrachten sind (eigentliche Teilforderungen oder Teilschulden);

zwischen Korrealität und Solidarität in keinem, weder historischen noch dogmatischen Zusammenhang stand, vielmehr auf germanische Rechtsgewohnheit zurückgeht.[2]) Wir haben uns daher mit dieser Unterscheidung umsoweniger zu beschäftigen, als sie auch keine, wenn auch entfernte Ähnlichkeit mit Ribbentrops Unterscheidung besitzt und überdies das neue schweizerische Bundesgesetz über das Obligationsrecht vom 14. Juni 1881 die Gesamtschuld bis auf einige wenige Fälle beseitigt hat.[3]) Auch die ehedem behandelte Kontroverse, ob im Fall der Solidar- und Gesamtschuld Einheit oder Mehrheit der Obligationen vorliegt,[4]) kann für unsere Zwecke unberührt bleiben.

Dagegen scheint es uns notwendig, auf das letztgenannte Gesetz näher einzugehen, weil man in der neueren Zeit versucht hat, die Ribbentropsche Untersuchung in dasselbe hineinzutragen.[5])

Nach art. 162 dieses Gesetzes entsteht Solidarität unter mehreren Schuldnern, wenn sie erklären, dass gegenüber dem Gläubiger jeder einzelne für die Erfüllung der ganzen Schuld haften wolle. Ohne solche Willenserklärung entsteht Solidarität nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen.

Damit unterscheidet das schweizerische Recht zwischen Vertrags- und gesetzlicher Solidarität. Letztere liegt vor, wenn mehrere als Anstifter, Thäter oder Gehilfen einen Schaden rechtswidrig verursacht haben,[6]) bei Unteilbarkeit der Leistung,[7]) bei Mehrheit der Mandatare, Mandanten[8]) und Kommodatare,[9]) Frachtführer,[10]) Depositare,[11]) Bürgen[12]), zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner,[13]) bei mehreren Gesellschaftern[14]) und Kommanditisten;[15]) auch haften die Organe einer Aktiengesellschaft[16]) oder Genossenschaft,[17]) die Genossen selbst,[18]) die Mit-

---

c) oder so, dass die Forderung oder Schuld in mehrere kleinere getrennte Forderungen oder Schulden zerlegt wird, von denen jede eine selbständige Existenz für sich hat. — Vgl. darüber im näheren Samhaber S. 246—258 und dort Citierte.

[2]) Samhaber S. 255, S. 54 f.

[3]) Vgl. Bundesgesetz für den Kanton Zürich vom 4. September 1887 §§ 957, 423.

[4]) Samhaber S. 255; Windscheid, krit. Überschau VI S. 235 f. und dort Citierte.

[5]) Hartmann Zeitschrift für schweizerisches Recht N. F. VI S. 113 ff.

[6]) Bundesgesetz über das Obligationenrecht Art. 60.

[7]) Art. 79. [8]) Art. 401. [9]) Art. 324. [10]) Art. 459.

[11]) Art. 481. [12]) Art. 496. [13]) Art. 495. [14]) Art. 544, 564.

[15]) Art. 599 ff. [16]) Art. 623, 667, 673 ff. [17]) Art. 689. [18]) Art. 689.

glieder eines Vereins,[19]) mehrere Wechselschuldner[20]) und Prinzipal und Geschäftsführer solidarisch;[21]) endlich Eltern und Erzieher für den durch ihre Kinder und Zöglinge infolge der Vernachlässigung der Aufsicht angerichteten Schaden,[22]) und der Gastwirt neben dem Thäter für Beschädigung, Vernichtung oder Entwendung der von den Gästen eingebrachten Sachen.[23])

Das Gesetz unterscheidet keine Arten der Solidarität.[24]) In allen Fällen haften die Schuldner solidarisch ohne beneficium divisionis. Befriedigung des Gläubigers durch Zahlung oder was derselben gleichsteht, befreit die sämtlichen Schuldner.[25]) Ein Schuldner kann durch seine persönliche Handlung die Lage der anderen nicht erschweren.[26]) Wenn ein Schuldner ohne Befriedigung des Gläubigers befreit wird, so wirkt dies zu gunsten der übrigen Schuldner nur soweit, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es rechtfertigen.[27])

An diesen letzten Satz knüpft Hartmann seine Lehre an, dass auch im Schweizer Recht zwischen Korrealität und Solidarität unterschieden werden müsse:[28]) „Ausdrücklich ist es also die Natur der Verbindlichkeit, auf welche das Gesetz hier abstellt. Und ähnlich wird auch bei der wichtigen Frage nach dem Regress ausdrücklich hingewiesen auf das, was sich aus dem konkreten Rechtsverhältnis unter den Solidarschuldnern ergibt, und nur in reinem Zweifel wird die Übernahme zu gleichen Teilen als das Anzunehmende hingestellt.“[29])

Auch unter mehreren Deliktsschuldnern wird der Regress nur nach richterlichem Ermessen zugelassen.[30]) Der Schluss liegt nahe: Das Gesetz gestattet selbst, an die Natur der Sache im einzelnen Fall anzuknüpfen; es gibt nur den Rahmen, den die Jurisprudenz auszufüllen hat. Aber in dem Sinn, in dem Hartmann diesen Schluss zieht, ist er entschieden unrichtig. Es ist die Würdigung des einzelnen Falles, welche das Gesetz einräumt, nicht eine Würdigung bestimmter begrifflicher Kategorien. M. a. W.: nicht das Ermessen des Theoretikers steht in Frage, sondern das des Richters, der innerhalb des gesetzlichen Rahmens allerdings die freie Überlegung hat, „die in der Natur der Sache

[19]) Art. 717. [20]) Art. 767 und 808. [21]) Art. 62.
[22]) Art. 61. Vgl. dazu Schneider und Fick, Kommentar II. Aufl. S. 153.
[23]) Art. 486—488.
[24]) Vgl. Haberstich, Schweiz. Obligationenrecht I S. 212 ff.
[25]) Art. 166 Abs. I. [26]) Art. 165. [27]) Art. 166 II.
[28]) a. a. O. S. 118. [29]) Art. 168. [30]) Art. 60; Hartmann S. 119.

gelegenen Anhaltspunkte herauszufinden und an das Licht zu stellen". Grössere Schwierigkeit bereitet die „Natur der Verbindlichkeit", von welcher § 166 Abs. II spricht. Das Gesetz greift auf die Natur der Verbindlichkeit zurück; erkennt es nicht damit eine verschiedene Natur solidarischer Verbindlichkeiten an?

Hartmann hat diese Frage bejaht; ehe wir sie beantworten, wollen wir untersuchen, inwiefern die Verschiedenheiten, die Hartmann zwischen Korrealität und Solidarität im Schweizer Recht behauptet, positiv begründet sind. Dabei können wir uns freilich nicht versagen, einen Blick auf Hartmanns Methode zu werfen, weil uns dies für die Beurteilung seiner Sätze von hervorragender Wichtigkeit zu sein scheint. Hartmann selbst wendet sich gegen die formal-logische Begründungsweise, welche auf der Grundlage von Kellers und Ribbentrops Ausführungen lange Zeit die herrschende war, gegen jene „scholastische Behandlung, welche jeden denkenden Kopf zurückschrecken musste",[31]) und proklamiert eine eigene Methode, welche den Unterschied von Korrealität und Solidarität „aus der praktischen Lebensauffassung und aus den Bedürfnissen des praktischen Rechtslebens heraus" ableiten soll.[32]) Ein Programm, mit welchem wir uns vollkommen einverstanden erklären können. Aber ist es von Hartmann auch eingehalten worden?

Schon die Behandlung der ersten Frage, welche Hartmann zur Begründung seiner Thesis aufwirft, der Frage nach der Wirkung des rechtskräftigen Urteils,[33]) nötigt uns ein entschiedenes Nein ab. „Bei einem Gegenstand, über welchen die juristische Kunst der klassischen Juristen Roms ihr Licht verbreitet hat, kann solche Untersuchung nicht anders mit wissenschaftlichem Geist unternommen werden, als im Wege eines Eingehens auf jene klassische Jurisprudenz." Schon diese Eingangsworte scheinen uns ein Abgehen vom vorgesteckten Programm zu bedeuten; an die Stelle der vorurteilslosen Betrachtung des Positiven tritt die Gestaltung des römischen Rechts, die Auffindung seiner Motive, und wenn es uns auch anerkennenswert scheint, dass Hartmann dabei dem praktischen Moment die gebührende Rolle zuweist, so kann uns dies doch nicht genügen; es fehlt die Brücke zum modernen Recht; aus Hartmanns Ausführungen spricht die alte naturrechtliche Auffassung, dass das römische Recht die Fleisch

[31]) S. 114 f. [32]) S. 116. [33]) III S. 119 ff.

gewordene Vernunft sei, deren Anerkennung sich keine Kodifikation verschliessen dürfe.

„Immer stehen geblieben ist der Satz, dass die erfolgte rechtskräftige Abweisung in dem von einem Korreus geführten Prozess auch auf die übrigen Korrei hinüberwirkt.“ [34]) Freilich mit einer Einschränkung: wenn das Urteil „in rem“ ergangen ist. Wir haben uns darüber schon oben ausgesprochen und können uns daher hier darauf beschränken, mit Hartmann nach dem Grunde dieses vermeintlichen Satzes zu suchen, der für ein der Autorität des römischen Rechts nicht unterworfenes Gebiet entscheidend sein muss. [35]) Hartmann operiert mit Beispielen. Aus einem von mehreren ausdrücklich in solidum abgeschlossenen Börsengeschäft wird einer von ihnen auf Bezahlung der Differenz belangt. Wenn der Richter gemäss art. 512 des Bundesgesetzes die Klage abweist, weil „das ganze konkrete Geschäft den Charakter des Spiels oder der Wette habe“, so soll auch jeder andere Teilnehmer dem Kläger den Einwand der Rechtskraft entgegenhalten können, „weil sonst bei der Zweifelhaftigkeit solcher Fragen und der Freiheit des richterlichen Ermessens die Aussicht sehr gross wäre, dass der Kläger zuletzt doch zu einem Siege gelangen werde“. Den juristischen Grund dieser Rechtskraft verlegt Hartmann in die normale Parteiabsicht, nach welcher „einer für alle“ haften und handeln soll. Andernfalls wären die Konsequenzen unerträglich; denn da unter den Korrealschuldnern fast ausnahmslos ein Rückgriffsrecht besteht, [36]) so könnte es sich ereignen, dass der Kläger, nachdem er fünfmal vergeblich geklagt, gegen den sechsten Korreus doch noch zum Siege gelangte und dass der Rückgriff dieses sechsten die fünf Freigesprochenen nun doch in Mitleidenschaft zöge.

An diesen Ausführungen ist nur eines anzuerkennen, nämlich das Operieren mit der praktischen Konsequenz. Aber die Konsequenz scheint uns keineswegs unerträglich zu sein, die Hartmann aus der Verneinung der Gesamtrechtskraft zieht; es scheinen sich uns vielmehr aus ihrer Bejahung ungesunde Konsequenzen zu ergeben. [37]) Man betrachte nur den Solidaritätsfall, welchen Hartmann dem eben erwähnten Korrealfall gegenüberstellt! [38]) Infolge einer Anzahl auf der Strasse lärmender Personen wird ein Pferd scheu und der Reiter verunglückt. Er

[34]) S. 123. [35]) S. 124. [36]) Art. 168.
[37]) Vgl. oben Kap. III § 16 S. 260 ff. [38]) S. 127.

erhebt gegen einen der Teilnehmer Klage auf Schadenersatz. Die Freisprechung erfolgt, weil der Richter den Kausalzusammenhang zwischen dem Strassenunfug und dem Schaden verneinte, also in rem. Wie nun, wenn der Kläger jetzt einen ganz anderen Beteiligten belangt, nachdem er vielleicht neue Zeugen ausfindig gemacht hat, durch deren Aussage er den Kausalzusammenhang nachzuweisen hofft?

Wir möchten antworten, dass kein Grund besteht, diesen Fall anders zu entscheiden als den erstgenannten Korrealitätsfall. Soll der Regress, den art. 60 auch hier in dubio gewährt, hier die rechtskräftige Abweisung eher illusorisch machen dürfen wie dort? Soll der Gläubiger, nachdem er fünfmal wegen des mangelnden Kausalzusammenhangs abgewiesen wurde, hier das sechste Mal zum Ziele gelangen? Anderseits glauben wir, dass die Gründe, die Hartmann hier gegen die Gesamtrechtskraft anführt, sich auch bei den Korrealobligationen recht gut hören lassen. Warum soll der Gläubiger, dessen Klage abgewiesen wurde, weil der erste Beklagte einen Meineid geschworen, oder weil er die erforderlichen Beweismittel noch nicht zur Hand hatte, diese nicht gegen einen anderen Schuldner verwenden dürfen? Ebenso gut, wie bei der Solidarobligation, kann der Richter bei der Korrealobligation unrichtig entscheiden; Hartmanns Gedankengang beruht aber auf der versteckten, Hartmann wohl selbst nicht bewusst gewordenen Grundlage, dass der Richter im ersten Fall richtig, im zweiten Fall falsch entschieden hat.

Endlich möchte das juristische Moment, mit welchem Hartmann seine Ansicht zu begründen sucht, recht unzutreffend sein. Hartmann geht darauf zurück, dass die Korrealität auf dem Parteiwillen, die Solidarität auf gesetzlichem Zwang beruht. Lassen wir uns diese Unterscheidung, so wenig sie jemals begründet war, gefallen: aber was soll das für die Rechtskraftfrage? Selbst die Möglichkeit vorausgesetzt — die wir verneinen — dass der Richter gegenüber einem Schuldner die ganze Korrealobligation verneinen kann, so wäre doch der Umfang des Entscheidungsgegenstandes ausschliesslich vom Willen des Richters, nicht von dem des Beklagten abhängig. Denn wenn dieser sich auch damit verteidigt, dass er und sein Gesellschafter den fraglichen Vertrag nicht abgeschlossen haben, oder dass der Vertrag wegen Furiosität des Gläubigers allen Schuldnern gegenüber nichtig sei, so kann der Richter aus einem ihm näher liegenden Grund die Klage abweisen, sofern ihm nicht die Verhandlungsmaxime Schranken setzt, z. B. weil nach des Klägers

eigenem Vorbringen dem Beklagten der Verpflichtungswille fehlte. Und wenn selbst der Beklagte den Willen hätte, nicht nur sich, sondern auch seine Mitschuldner im Prozess zu defendieren, so würde das auf den Umfang des Streitverhältnisses keinen Einfluss ausüben können, da der Gläubiger nicht den gleichen Willen hat, da er nur gegen diesen Schuldner seinen Anspruch geltend machen will. Auch zum Füreinanderhandeln gehören zwei: der Handelnde und der, mit dem gehandelt wird.

Auf die Regressfrage muss ich nochmals zurückkommen. Hartmann verneint den Regress bei der Solidarobligation nach schweizerischem Recht, weil niemand eine gültige societas delicti anerkennen kann.[39]) Uns scheint die Frage so nicht behandelt werden zu können, da weder der art. 168 noch der art. 60 eine solche Argumentation zulässt. Der erstere Artikel bestimmt nur das Mass des Regressanspruchs: Im Zweifel findet der Regress nach gleichen Teilen statt. Das Rechtsverhältnis, welches eine andere Berechnung veranlassen kann, ist ein Rechtsverhältnis unter den Solidarschuldnern; nicht auf die Qualifikation der Solidarschuld gegenüber dem Gläubiger kommt es an (Delikt oder Vertrag), sondern auf die Beziehung der Schuldner zu einander. Nun wird man allerdings einwenden, dass eben solche Beziehungen bei der Deliktssolidarität fehlen. Aber daraus würde sich nur ergeben, dass sich nach dem art. 168 nichts anderes ermitteln liesse, als der Regress nach gleichen Teilen; denn nicht den Regress selbst, sondern das Mass desselben normiert dieser Artikel; den Regress an sich setzt er voraus. Und art. 60 ergibt jedenfalls mit unzweifelhafter Deutlichkeit, dass der schweizerische Gesetzgeber den Deliktsschuldnern den Regress nicht vorbehaltlos versagen wollte. Zudem scheint uns das „nulla societas maleficiorum“ zu einem Recht, welches im allgemeinen den Regress des Korreal- oder Solidarschuldners anerkennt, schlecht zu passen. Diese Begründung hatte Sinn bei der Korrealität des klassischen römischen Rechts, welche des Regresses grundsätzlich entbehrte und daher auf ein besonderes eigens begründetes Innenverhältnis angewiesen war; es bedurfte einer societas im Rechtssinn, um eine Regressklage zu gewähren. Anders bei den modernen Rechten. Wenn d i e s e den Regress vorbehaltlos gestatten, so haben sie doch damit keine Societät

---

[39]) S. 128.

unter den Solidarschuldnern geschaffen; daher jene Regel hier nicht durchschlagen kann.

Hartmann will zwar den Regress auch deshalb bei seinen Solidarobligationen verneinen, weil nur die Rechte des Gläubigers auf den zahlenden Schuldner übergehen. Wenn daher der Gläubiger die anderen Schuldner schon belangt und den Prozess verloren hatte, so soll dem klagenden Mitschuldner die exceptio rei iudicatae entgegenstehen. Aber mir scheint der „Übergang der Rechte des Gläubigers“ in § 168 Abs. II nur cum grano salis verstanden werden zu dürfen, wie ja anderseits die Rechte des Gläubigers niemals vollständig, sondern nur nach Abzug der auf den Schuldner entfallenden Quote übergehen. Auch würde dieses Argument, wenn bei den Solidarobligationen, so auch bei den Korrealobligationen begründet sein: ist die Forderung gegen den einen Schuldner aberkannt, so kann der andere gegen ihn nicht Regress nehmen, wenn er selbst verurteilt worden ist. Damit entfällt die ganze Argumentation, die Hartmann an das Bestehen des Regresses bei den Korrealobligationen knüpft; nicht die Rechtskraft würde durch den Regress illusorisch gemacht, sondern der Regress durch die Rechtskraft. Hartmann nimmt allerdings an, dass dieser Regress nicht aktuell werden könne, weil es vermöge der Gesamtrechtskraft ausgeschlossen sei, dass der eine Korreus verurteilt, der andere absolviert würde. Aber wie, wenn der zweite Beklagte nicht wusste, dass ihm die exceptio rei iudicatae möglich war? Wenn sie ihm versagt war, weil das ausländische Urteil im Inland keine Rechtskraft wirkt? Ausserdem würde die Ansicht Hartmanns dem Korrealschuldner die Möglichkeit contra legem gewähren, durch Einverständnis mit dem Gläubiger die Lage der übrigen Schuldner zu verschlechtern, indem er bloss verurteilt zu werden brauchte, um sich bei seinen Mitschuldnern schadlos zu halten.

Damit wären zwei angebliche Unterschiede zwischen der Korrealität und Solidarität im schweizerischen Recht hinfällig geworden. Hartmann behauptet deren noch mehrere.

Auch der Vergleich soll bei den Korrealobligationen allen Schuldnern, bei den Solidarobligationen nur dem einen sich vergleichenden zu gute kommen.[40]) Hartmann verweist zur Begründung seiner Annahme auf die Möglichkeit des Regresses, welcher ein gleiches Recht für alle zur Voraussetzung hat. Da

[40]) S. 129 f.

der Regress nach schweizerischem Recht auch gesetzlichen Solidarschuldnern gewährt wird, so würde Hartmanns Argumentation dazu führen, auch bei seiner Solidarität dem Vergleich Gesamtwirkung beizulegen, und dieses Ergebnis wäre in anbetracht der veränderten Rechtslage, welche das Regressrecht im Vergleich zum römischen Korrealitätsrecht geschaffen hat, mindestens diskutabel. Aber zwingend ist dasselbe nicht, weder für die Korreal- noch für die Solidarobligationen. Wenn sich der Gläubiger mit dem einen Schuldner vergleicht, so kann dies den übrigen Schuldnern nach art. 165 nicht zum Nachteil gereichen. Aber würde dies der Fall sein, wenn dem Vergleich keine Gesamtwirkung zukäme? Es genügt, dass der Vergleich zwar die anderen Schuldner unberührt lässt, dass aber auch der Regress durch den Vergleich nicht beeinflusst wird. Dagegen kann man sich freilich auf das römische Recht berufen, welches, damit das pactum des einen Korrealschuldners nicht illusorisch wird, dem anderen, wenn ein Regressverhältnis besteht, die exceptio pacti gewährt. Aber kann man daraus auf den Vergleich ohne weiteres Schlüsse ziehen? Die Gesamtwirkung desselben ist, wie wir gesehen haben, dem römischen Recht fremd; sie muss ihm fremd sein, da ein Vergleich die Mitschuldner ebenso benachteiligen wie begünstigen könnte, ja seinem Begriff nach ebensowohl Benachteiligung, wie Begünstigung ist. Deshalb will es uns auch nicht angängig scheinen, wenn Hartmann zwischen dem „mageren" und dem „fetten" Vergleich unterscheidet; jeder Vergleich enthält eine gegenseitige Aufgabe von Ansprüchen und insofern eine gegenseitige Benachteiligung. Aber sei dem, wie ihm wolle: bei den Solidarobligationen liegt die Sache geradeso. Es ist keine Begründung, dass „bei Mehrheit der Delinquenten wegen der völligen Selbständigkeit des Obligationsgrundes die Rechtfertigung für das Hinüberwirken des Vergleichs auf die übrigen Schuldner fehlt".[41]) Die praktischen Gründe für und wider liegen hier ebenso vor wie dort, und das Recht hat kein höheres Interesse daran, dass der Verletzte schadlos gehalten,[42]) als dass der Darlehnsgläubiger befriedigt werde. Und gerade aus dem römischen Recht können wir ein Argument, wenn auch nicht gegen das schweizerische Recht, so doch gegen Hartmann entnehmen: Von mehreren solidarisch haftenden Vormündern hat bekanntlich der, welcher geleistet hat, den Regress gegen

[41]) S. 130. [42]) Wie Hartmann S. 131 meint.

seine Mitvormünder.[43]) Trotzdem kommt diesen der von jenem geschlossene Vergleich nicht zu statten.[44])

Über die Betrachtung, die Hartmann der Wirkung der Acceptilation, des pactum de non petendo und der Novation widmet,[45]) können wir hinweggehen, da wir oben unsere abweichende Ansicht hinreichend begründet zu haben glauben; es genügt die Bemerkung, dass Hartmann an die Absicht der Parteien und die Verträge zu gunsten Dritter anknüpft. Wie die Sache nach Schweizerrecht liegt, kann dahingestellt bleiben: man kann den Erlass nach Analogie des römischen Rechts auf Grund des art. 168 in rem wirken lassen oder, wie im französischen Recht, annehmen, dass er infolge des Regresses teilweise illusorisch wird.[46])

Dagegen haben wir uns eingehender mit der „Unmöglichkeit der Erfüllung“ zu beschäftigen. Richtig ist, dass bei den „blossen Solidarobligationen“, d. h. den Fällen, die man gewöhnlich als solche bezeichnet, dieser Erlöschungsgrund deshalb nicht in Frage kommt, weil es sich bei ihnen um Ersatzforderungen, also um Geldschulden handelt. Nur bei den Korrealobligationen, bei welchen eine Spezies geschuldet wird, spielt das Verschulden und die Unmöglichkeit der Leistung eine Rolle. Die Frage, ob der eine Korreus für das Verschulden des anderen hafte, haben wir für das römische Recht verneint; Hartmann bejaht sie und begründet dies mit dem Zweck der Korrealität.[47]) Die Korrealobligation bezweckt die Sicherung des Gläubigers; dieser Zweck wäre vereitelt, wenn ein Schuldner durch sein Verschulden die ganze Obligation zerstören könnte. So richtig dies ist, so konkurriert doch mit dem Interesse des Gläubigers das des Schuldners, welcher für eine Handlung, die er nicht verhindern kann, nicht einstehen will und soll. Aber wie verhält sich dies nach schweizerischem Recht? Hartmann liest aus dem art. 165 heraus, dass der Schuldner, der die Lage seiner Mitschuldner nicht erschweren kann, die Verpflichtung derselben nicht vermehren könne, und gelangt so für das schweizerische Recht zu dem nämlichen Ergebnis, wie das französische Recht in art. 1205 des code civil: Der Mitschuldner ist zum einfachen Wertersatz

[43]) l. 1 §§ 13, 14 D. de tut. 27, 3.

[44]) l. 15 D. eod. [45]) S. 131 f., 134 f.

[46]) Letzteres möchten wir wegen des bekannten Einflusses, den das französische Recht auf die Schweiz ausgeübt hat, vorziehen.

[47]) S. 136 f.

verpflichtet. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies richtig ist; nur fragt sich, ob für die Solidarobligationen etwas anderes gelten muss, was Hartmann selbst und mit Recht verneint.[48])

Wir sehen also keinen Beweis dafür erbracht, dass im Schweizer Recht eine Unterscheidung innerhalb der Solidarobligationen begründet oder geboten ist. Wenn man einen begrifflichen Unterschied aufstellen will, so kann er nur darin bestehen, dass bei der Korrealität der Parteiwille das erreicht, was bei der Solidarität von vornherein gegeben ist, die Solidarität, die Einmaligkeit der Leistung. Mehr als dies auf den Willen der Parteien zurückzuführen, geht nicht an, wäre Fiktion; es lassen sich daher auch nicht einzelne praktische Verschiedenheiten auf die Annahme eines bestimmten Parteiwillens gründen. Dem entspricht es durchaus, dass auch das schweizerische Bundesgesetz nur eine Solidarität kennt, deren wenige Rechtssätze in gleicher Weise bei der Vertragssolidarität (Korrealität) wie bei der gesetzlichen Solidarität Anwendung finden sollen. Wo das Gesetz nicht unterscheidet, da darf es auch die Wissenschaft nicht, wenn sie sich in ihren Grenzen halten will.

Aber enthält nicht der art. 166 Abs. II eine solche Unterscheidung? Es nimmt wunder, dass Hartmann sich nicht eingehender mit ihm beschäftigt hat. „Wird ein Solidarschuldner befreit, so wirkt die Befreiung zu Gunsten der anderen nur soweit, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es rechtfertigen". Was bedeutet diese „Natur der Verbindlichkeit"? Ist damit nicht anerkannt, dass es Solidarobligationen von verschiedener „Natur" geben kann? Das wohl aber nicht mehr. Wenn ein Gesetz eine Verschiedenheit als möglich bezeichnet, so ist sie damit doch nicht existent. Soviel scheint uns unter allen Umständen sicher zu sein, dass die Unterscheidung der Vertragskorrealität und der gesetzlichen Solidarität nicht ohne weiteres dem art. 166 untergelegt werden darf.[49]) Derselbe bildet nichts anderes, als eine clausula salvatoria für den Gesetzgeber, der eine Frage nicht zwingend regeln wollte, weil er sich scheute, die Konsequenzen zu tragen,

---

[48]) S. 139 f.

[49]) Nach Haberstich I S. 220 f. und dem dort citierten Erkenntnis ist zwischen Regresssolidarität und regressloser Solidarität zu unterscheiden. Dieser Unterschied fällt aber jedenfalls mit dem von Vertragssolidarität und gesetzlicher Solidarität nicht zusammen. —

und, unklug, statt dieselbe mit Stillschweigen zu übergehen, sie ausdrücklich offen gelassen hat.

§ 32.

Sächsisches Recht.

Auch das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen kennt nur ein einheitliches Gesamtschuldenverhältnis.[1]) Der Gesetzgeber hat, wie die Motive zum VI. Abschnitt des III. Teils ersehen lassen, bewusst von der Aufnahme der gemeinrechtlich behaupteten Unterscheidung abgesehen, da sie der praktischen Bedeutung entbehrt, und dem Gesamtschuldverhältnis eine rechtliche Gestalt gegeben, welche sich im wesentlichen den von der Praxis angenommenen Ansichten anschliesst und den Bedürfnissen der Praxis zu entsprechen geeignet ist.[2])

Gesamtschuldverhältnisse können durch Vertrag, letzten Willen oder richterliche Entscheidung entstehen;[3]) ausserdem sind sie in den gesetzlich besonders bezeichneten Fällen vorhanden.[4]) Der Begriff ist der der gemeinrechtlichen Solidarität:[5]) mehrere Gläubiger sind berechtigt, jeder das Ganze zu fordern, mehrere Schuldner verpflichtet, jeder das Ganze zu leisten; aber die Leistung muss nur einmal erfolgen.[6]) Unter mehreren Korrealgläubigern entscheidet die Prävention;[7]) unter mehrere Schuldner kann die Klage geteilt werden;[8]) indessen haben sie kein beneficium divisionis.[9]) Der Verzug des einen Schuldners wirkt nicht gegen die Mitschuldner;[10]) hiermit ist zugleich in Durchführung des Grundsatzes, dass der Schuldner nur im Fall eigenen Verschuldens für die Unmöglichkeit der Leistung einzustehen hat,[11]) ausgesprochen, dass das Verschulden des einen dem anderen nicht schadet.[12]) Der Gesamtschuldner kann mit der Forderung seines Mitschuldners nicht kompensieren;[13]) dagegen

---

[1]) B. Gesetzbuch vom 2. I. 1863 III. Teil VI. Abschnitt §§ 1019—1038.

[2]) Vgl. Pöschmann in Siebenhaars Kommentar II zu § 1019.

[3]) § 1021. [4]) § 1020.

[5]) Grützmann, sächsisches Privatr. II § 135 S. 43.

[6]) §§ 1019, 1026. [7]) § 1023. [8]) Grützmann a. a. O. [9]) § 1024.

[10]) § 1025. [11]) § 1009; vgl. Motive zu §§ 1025 und 1030.

[12]) § 1025; vgl. Siebenhaar, Lehrbuch des sächs. Privatrechts S. 576 zu N. 4; Grützmann a. a. O. S. 44 N. 10.

[13]) § 1027.

hebt die Novation mit dem einen Schuldner das Schuldverhältnis auch für die übrigen Korrealschuldner auf.[14]) Der Erlass wirkt nur zu gunsten des Schuldners, dem erlassen wurde;[15]) ebenso der Vergleich, soweit er nicht eine Erfüllung enthält.[16]) Auch das Urteil beschränkt seine Wirkung auf den belangten Korrealschuldner,[17]) und ebenso die Unterbrechung der Verjährung.[18]) Regressberechtigt ist der erfüllende Korreus nicht.[19])

Diese Sätze sind zweifellos immer anwendbar, wenn die Solidarität auf Vertrag oder Gesetz beruhen, ganz abgesehen davon, dass das Gesetz einerseits keine Unterscheidung will, anderseits die angeführten Sätze für jede Art von Gesamtschuldverhältnissen gegeben hat. —

Die vorstehende summarische Übersicht der wichtigsten neueren Kodifikationen wird genügen, um das nachzuweisen, was ich nachweisen wollte: dass es Kodifikationen und Rechte gibt, welche den Gegensatz von Korrealität und Solidarität überhaupt nicht kennen und dass dann, wenn der Gegensatz in diesen Rechten trotzdem eine Rolle gespielt hat, er nicht das Produkt innerer Notwendigkeit, sondern einer falschen juristischen Methode war. Den unwiderleglichen Beweis dessen bildet das französische Recht, welches die ihm aufgenötigte Unterscheidung wieder abgestossen hat. Diesen Thatsachen gegenüber will die Behauptung, dass Korrealität und Solidarität notwendige Gegensätze seien, die kein Gesetzgeber ignorieren könne, nicht viel bedeuten. Und wenn es daher Schriftsteller wie Mages über sich gewinnen, angesichts der neueren Gesetzgebungen und ihrer Motive zu behaupten, dass der Gesetzgeber, wenn er die Ribbentropsche Korrealität als nicht mehr für unsere Zustände passend beiseite stellte, mehr vor der Schwierigkeit einer anderweitigen Lösung zurückschreckte, als das wirkliche Bestehen des Unterschiedes leugnen wollte, so sprechen sie damit nicht den Kodifikationen das Urteil.

§ 33.

Neuere Fälle von Solidarität.

Die letzte Stütze glauben wir der herrschenden Lehre dadurch entziehen zu können, dass wir nachweisen, dass die Unterscheidung

---

[14]) § 1028. [15]) § 1030. [16]) § 1029. [17]) § 1032. [18]) § 1035. [19]) § 1036.

zwischen Korrealität und Solidarität bei den neueren Fällen solidarischer Verbindlichkeiten einerseits den Dienst vollkommen versagt und dass anderseits die Praxis mit der Unterscheidung nichts anzufangen wusste. Wir beschränken uns dabei auf die Fälle des Wechsel- und Handelsrechts, den Versicherungsvertrag und die Schuldübernahme.

I. Schon Savigny hat versucht, die Ribbentropsche Theorie am Wechsel zu erproben.[1]) Das Verhältnis des Ausstellers, des Acceptanten und der Indossanten hat mit der römischen Korrealschuld die unzweifelhafte Ähnlichkeit, dass der Gläubiger eine von mehreren Personen nach freier Wahl auf die ganze Schuld verklagen kann, aber es unterscheidet sich auch in sehr wesentlichen Stücken von der Korrealität. An die Stelle der Klagencession gegen Zahlung der Schuld[2]) tritt die Einlösung und Übergabe des Wechsels, und die von einem Schuldner geleistete Zahlung hat daher auch nicht die Folge, dass das ganze Schuldverhältnis untergeht; sondern sie macht den Zahlenden zum wahren und alleinigen Gläubiger, mit allen Rechten, die der bisherige Gläubiger gehabt hat. Savigny schliesst daraus, dass es unrichtig sein würde, auf dieses Institut die für die römische Korrealität geltenden Regeln anzuwenden.

Andere haben die Vormänner des Wechseleigentümers „gewissermassen als correi debendi" bezeichnet[3]) und teilweise sogar unbeschränkt behauptet, dass sie Korrealschuldner seien.[4]) Nach Liebe tritt durch das Indossament neben die bisherigen Schuldner (Trassanten und Vorindossanten) ein neuer Schuldner als Korreus, indem die ursprünglich einfache Haftung des Trassanten ganz wie die römische Korrealobligation auf mehrere verpflichtete Subjekte bezogen wird, ohne dass dadurch ihr objektiver Bestand modifiziert oder gar vervielfältigt würde.[5]) Auch die Verpflichtung des Acceptanten und des Avalisten ist korreal, auf dem Wege der adpromissio begründet.[6]) Nur diese Begriffe sind passend, da sie sich auf einen Formalakt, wie die römische Stipulation,

---

[1]) Obligationenrecht I S. 287—289.

[2]) Savigny nimmt bekanntlich bei allen Korrealobligationen eine gesetzliche Klagenzession an.

[3]) Bluntschli, Kommentar zur allgem. deutschen Wechselordnung 1852 S. 93, 152; Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen 1859 S. 348—351, 427.

[4]) Liebe, Entwurf einer Wechselordnung für das Herzogtum Braunschweig 1843.

[5]) S. 93 f. S. 87. [6]) S. 66 ff., 117.

gründen und „nichts Materielles einmischen." Und an anderer Stelle [7]) weist Liebe darauf hin, dass es ihm passender scheint, im Gegensatz zu der bloss solidarischen Verbindlichkeit eine reine Korrealpflicht anzunehmen. Es entstehen aus dem Wechselgeschäft nicht verschiedene Obligationen, welche auf gleiche Summen gerichtet wären und wobei der Gläubiger nur einmalige Leistung verlangen könnte, sondern das mit der Ausstellung des Wechsels geschaffene nomen ist und bleibt ein und dasselbe; es treten demselben nur nach und nach verschiedene Schuldner, die Indossanten und dann auch der Acceptant bei. Der Aussteller und die Indossanten haften zwar erst, sofern der Bezogene nicht zahlt; allein diese Verschiedenheit in der subjektiven Beziehung hebt die objektive Einheit der Obligation nicht auf und steht der Annahme einer reinen Korrealobligation nicht im Wege; und diese Einheit ergibt sich daraus, dass die Verpflichtungsgründe, durch welche die einzelnen Schuldner beitreten, Formalakte, also Geschäfte sind, die einen eigenen stofflichen Inhalt gar nicht haben, sondern bloss dem Inhalt einer andern Obligation sich anfügen.

Auch Kuntze vertritt diese Ansicht. In Liebes Ausführungen erblickt er „das Heiligtum des Wechselinstituts"; [8]) gegen Savignys Ausführungen bemerkt er, dass, wenn man Savignys Ansicht vom Regress in Abzug bringe, eine einzige Abweichung von der römischen Korrealität stehen bleibe, nämlich in Bezug auf die Wirkung des solutio; [9]) dass aber keine Erscheinung des „Wechselnegozes" dem Wesen der Korrealität widerstrebe, vielmehr dieselben höchstens veranlassen könnten, die Wechselhaftungen als qualifizierte Korrealobligationen zu bezeichnen. [10])

Über die abweichende Wirkung der Zahlung, die Savigny hervorgehoben, bemerkt Kuntze, dass es beim Wechsel überhaupt eigentümlich sei, dass nicht die Zahlung, sondern erst die Kassation des Papiers die Obligation wirklich tilge und dass daher jede Besonderheit in der fraglichen Beziehung verschwinde, sobald an Stelle der Zahlung die Kassation gesetzt werde. [11]) Der Hinzutritt von Protestkosten, Spesen etc. zu der korrealen Hauptobligation erweitere die Haftungen nur quantitativ, ohne ihnen in betreff des Stammes den Korrealitätscharakter zu rauben. [12])

---

[7]) Die allg. d. Wechselordnung mit Einleitung und Erläuterungen 1848 S. 212 f.

[8]) Obligation und Singularsuccession S. 250—252.

[9]) S. 251. [10]) S 261. [11]) S. 261. [12]) S. 261 N. 3.

Diese Meinung hat Kuntze bis heute festgehalten.[13]) Man muss sich aber dabei vergegenwärtigen, dass Kuntze im allgemeinen ein Gegner der Ribbentropschen Unterscheidung ist und dass daher, wenn er in seinem älteren Werk von Korrealität, in seinem neueren von Solidarität spricht, die Frage für ihn eine ganz andere Bedeutung hat, als für die anderen Schriftsteller. Ob Rippentropsche Korrealität oder Solidarität vorliegt, darum handelt es sich für ihn überhaupt nicht.[14])

In objektiver Würdigung dieser Ansichten ist Samhaber dazu gelangt, zu unterscheiden.[15]) Zunächst zwischen dem Acceptanten und dessen Wechselbürgen einerseits und der Kette der Regressschuldner anderseits. Der Annahme eines Korrealverhältnisses zwischen diesen beiden Gruppen steht nach Samhaber entgegen, dass der Gegenstand der Obligationen ein verschiedener ist, indem die erste Gruppe die Wechselsumme, die zweite die Regresssumme schuldet. Dagegen ist nach Samhaber innerhalb dieser Gruppen Identität des Gegenstandes und Einheit der Obligation gegeben.[16]) Deshalb erkennt Samhaber an, dass insoweit eine Korrealobligation vorliegt; indessen soll damit nicht gesagt sein, dass diese Korrealität in allem den Regeln der römischen Korrealschuld unterworfen sei.[17]) Sie ist, wie Samhaber mit Kuntze annimmt, qualifizierte Korrealität, deren Besonderheit sich in zwei Richtungen äussert: sie geht nicht durch Zahlung, sondern erst durch Kassation des Wechsels unter; durch Zahlung und Aushändigung des Wechsels an den Zahlenden verwandeln sich Wechselschuldner in Wechselgläubiger; der Regress steht unter anderen Regeln als der Regress des Civilrechts. Zweitens wirkt die Unterbrechung der Verjährung nur persönlich.[18])

Wenn auch wir nunmehr dieser Frage näher treten, so müssen wir vorausschicken, dass dieselbe für uns ein ganz anderes Interesse hat, als für die bisher angeführten Schriftsteller. Nicht das dogmatische Interesse, welches diese geleitet hat; denn da wir zu dem Ergebnis gelangt sind, dass Korrealität und Solidarität keine dogmatischen Gegensätze bilden, fehlt uns die Veranlassung

---

[13]) Kuntze, die Obligationen im römischen und heutigen Rechte 1886 S. 180.

[14]) eod. S. 170 § 38 a. E. — Vgl. noch Helmolt S. 30 f.; Beseler, System d. d. Privatr. III S. 449; Bluntschli d. Privatr. II. Aufl. § 118a N. 3; Koch, das Wechselrecht 1850 S. 301 ff.; Hofmann Archiv f. d. Wechselrecht V S. 283 bis S. 308; Stubenrauch, Kommentar zum ö. bürgerl. Gesetzbuch Bd. III S. 59.

[15]) S. 183—192. [16]) S. 188. [17]) S. 191. [18]) S. 192.

zu einer dogmatischen Behandlung in dieser Richtung. Wir haben jedoch ein sehr bedeutendes kritisches Interesse daran, wie man diese Frage behandelt hat und zu welchen Ergebnissen man damit gekommen ist.

Was zunächst die Frage nach der Solidarität überhaupt betrifft, so ist auf die art. 81, 49, 98 Z. 6 und 10 der Wechselordnung zu verweisen. Nach art. 49 ist die solidarische Verpflichtung der Regressschuldner in dem Sinn, den wir im I. Kapitel unserer Abhandlung entwickelt haben, nicht zu bezweifeln. Der Wechselinhaber ist berechtigt, die Wechselsumme von jedem beliebigen Indossanten in solidum zu fordern, jeder Welselschuldner ist verpflichtet, die ganze Summe zu bezahlen, aber der Gläubiger darf nur einmalige Bezahlung verlangen.

Aber werden durch die Zahlung auch die sämtlichen Schuldner befreit? Diese Frage, welche den oben genannten Schriftstellern so viel Mühe bereitet, da sie glaubten, sie verneinen zu müssen, scheint uns bejaht werden zu dürfen, wenn man nur den bestimmten Wechselgläubiger, der in concreto die Zahlung fordert, ins Auge fasst. Denn er, der vor der Zahlung das Recht hatte, die Wechselklage „gegen alle Wechselverpflichteten oder auch nur gegen einige oder einen derselben anzustellen“, ist durch die Zahlung jedes Rechtes gegen die sämtlichen Wechselschuldner beraubt. Weshalb? Weil die Wechselschuldner für den nämlichen Obligationsgegenstand haften, für die Regresssumme, welche, wie die Leistung des Schadenersatzes, die mehreren Obligationen von selbst identifiziert.

Nun ist allerdings die weitere Frage zu beantworten, wie es sich erklärt, dass der zahlende Schuldner an die Stelle des befriedigten Gläubigers tritt, Gläubiger seiner Mitschuldner wird. Hier kann zunächst darauf hingewiesen werden, dass diese Erscheinung schon im römischen Recht ihre Parallele hat, sobald unter den Solidarschuldnern ein gesetzlicher Regress besteht. Gerade die römischen Juristen führen in solchen Fällen den Regressanspruch auf das Recht des Gläubigers zurück [19]) und konstruieren die Zahlung als Kauf dieses Forderungsrechts. [20]) Allerdings besteht insofern eine Verschiedenheit von dem Wechselrecht, als in der Regel der Regress gegen die Mitschuldner auf einen Bruchteil der gemachten Zahlung geht, während in unserem Fall der Regress auf den ganzen Betrag des geleisteten und

[19]) actio utilis. [20]) l. 36 D. de fid. 46, 1.



darüber hinaus noch auf die inzwischen angewachsenen Beträge geht. Indessen scheint uns diese Erscheinung dem Solidaritätsbegriff nicht zu widerstreben. Für denselben hat es allein auf das Verhältnis mehrerer Schuldner zu dem Gläubiger, nicht untereinander, anzukommen; wie denn ein gegenseitiges Rechtsverhältnis der Schuldner unter sich der Solidarität überhaupt fehlen kann und gerade im Hauptfall der römischen Solidarität fehlte. Auch haben wir im römischen Recht Fälle, wo gewiss ein Regress auf den ganzen Betrag des Geleisteten und, mehr noch, auf den Ersatz der für die Leistung notwendigen Auslagen, zulässig war: man denke nur an den Bürgen, der Regress gegen den Hauptschuldner nimmt. Deshalb kann uns die Gestaltung des Regresses an der solidarischen Natur der Regressobligationen nicht irre machen. Wenn auch die Mitschuldner trotz der Zahlung verhaftet bleiben, so werden sie doch von dem bisherigen Gläubiger frei, an dessen Stelle der Mitschuldner, der geleistet hat, als Regressgläubiger tritt. Aber eine Besonderheit besteht zweifellos im Gegensatz zu der römischen Solidarität: in Bezug auf die Reihenfolge der Verpflichteten. Wenn auch dem letzten Indossatar die sämtlichen Regressschuldner haften, so ändert sich das bei jedem weiteren Regressgläubiger. Während im römischen Recht der Kreis der Schuldner ein konstanter ist, alle nur n e b e n einander haften, liegt beim Wechsel insofern eine Komplikation vor, als in einer Beziehung zu dem „Nebeneinander“ noch ein „Hintereinander“ tritt, welches den Regress beschränkt. Nimmt der Wechselgläubiger unter sieben Wechselschuldnern den vierten heraus, so ist dessen Regress auf seine drei Vormänner und den Aussteller beschränkt. Aber das hat mit der Solidarität gar nichts zu schaffen: diese Erscheinung ergibt sich aus den gegenseitigen Beziehungen der Wechselschuldner, und erklärt sich hinreichend aus der eigentümlichen Entstehung der Wechselobligation, welche den früheren Schuldner zwar für den späteren einstehen lässt, nicht aber umgekehrt, wie ja auch der fideiussor für den Haupschuldner, nicht dieser für jenen haftet.

Von der Solidarität, die denn auch von allen Schriftstellern unbedenklich angenommen wird,[21]) gelangen wir zu der Frage, ob Korrealität anzunehmen ist. Dabei müssen wir uns freilich zunächst darüber vergewissern, w e l c h e Korrealität als Grund-

---

[21]) Auch von Dernburg, Preuss. Privatrecht II S. 112 N. 2; Lehmann, Wechselrecht S. 433; Staub, Kommentar zu § 49 W.O.

lage für die Beantwortung der Frage dienen soll: denn bei unserem Korrealitätsbegriff bedarf es keiner weiteren Untersuchung.

Geht man davon aus, dass Korrealität die auf dem Wollen der Vertragschliessenden beruhende Solidarität ist, nimmt man selbst an, dass sie Identität des Gegenstandes und des Verpflichtungsgrundes voraussetzt, so ist nicht einzusehen, warum hier keine Korrealität vorliege. Man mag die Verpflichtungserklärung des Indossanten als Mandat oder Bürgschaft oder wie sonst immer betrachten; jedenfalls übernimmt der, welcher bisher Wechselgläubiger war, mit seinem Giro die nämliche Verpflichtung wie seine Vormänner, die er mit seiner eigenen Obligierung zugleich einem neuen Gläubiger überweist. Der Verpflichtungsgegenstand ist daher für alle Schuldner der nämliche; aber auch der Verpflichtungsgrund, welchen in letzter Linie ausschliesslich der Wechsel bildet: Jedes Giro fügt zu den vorhandenen die Erklärung hinzu, dass der Indossant für die Bezahlung des Wechsels aufkommen werde, und dass der Mangel der Unitas actus hier eine Rolle spielt, müsste erst nachgewiesen werden.

Dennoch hat die neuere Theorie und Praxis die Frage verneint. Während ein Erkenntnis des Oberappelationsgerichts zu Rostock 1854 noch die korreale Natur der fraglichen Verbindlichkeiten unbedenklich angenommen hatte,[22]) ist heute die entgegengesetzte Meinung fast einhellig, mag es sich um gleichzeitige oder successive Willenserklärungen handeln.[23]) Indessen genügt es dem Zweck unserer Untersuchung, auf die Gründe hinzuweisen, mit welchen man diesen Standpunkt zu rechtfertigen sucht. Wo nur immer die korreale Haftung des Regressschuldners verneint wird, da geschieht es, meist ohne eingehendere Untersuchung, „weil die mehreren Obligationen selbständige, von einander unabhängige sind, und es daher an der objektiven Einheit des Verpflichtungsverhältnisses fehlt, welche für den Begriff der Korrealität wesentlich ist.“[24]) Nur eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts befasst sich näher mit der Prüfung dieser Frage;[25]) der Schwerpunkt wird auf die Selbständigkeit des Verpflichtungsaktes gelegt: „da jeder einzelne Begebungsakt

---

[22]) Seufferts Archiv X No. 205.

[23]) Lehmann § 112 S. 433 zu N. 2 u. 3; R.O.H.G. XI S. 92, XV S. 180.

[24]) R.O.H.G. I S. 60, 102; II S. 118; VII S. 80; XIII S. 270; XI S. 92; III S. 181; I S. 281.

[25]) V S. 363.

selbständige Verpflichtungen begründet, so mangelt es an dem wesentlichen Requisit der Korrealität, an der Verpflichtung aus einem und dem nämlichen Rechtsgrund". So stellt denn auch die neuere Theorie alles auf die Selbständigkeit der Verpflichtung und die mangelnde Einheit des Aktes ab.[26]) Dass diese Kriterien problematisch sind, hat sich für uns im I. Teil unseres Buches ergeben; die Argumentation, deren man sich bei Beurteilung unserer Frage bedient, zeigt, wie wenig man mit der Korrealität anzufangen weiss: man stellt den Unterschied nicht auf ein praktisches, sondern auf ein begriffliches Moment, welches in der Theorie niemals unangefochten war und, wie wir gezeigt zu haben glauben, zwar nicht belanglos ist, aber doch nur insofern Bedeutung hat, als es in gewissen Fällen erforderlich ist, um die blosse Solidarität zu erzeugen.

Die richtige Methode wäre gewesen, zu untersuchen, ob das Recht, welches für die Wechselregressschuldner gilt, mit den für die Korrealität geltenden Sätzen übereinstimmt. Wir selbst haben diesen Weg eingeschlagen und das eine angebliche Unterscheidungsmerkmal aus dem Weg geräumt. Was das andere, welches man in der Wirkung der Unterbrechung der Verjährung zu finden glaubt,[27]) betrifft, so steht zwar ausser Zweifel, dass die Klagerhebung gegen den einen Wechselschuldner die Verjährung gegen den anderen nicht unterbricht.[28]) Aber ob darin ein prinzipieller Gegensatz zur Korrealität zum Ausdruck kommt, scheint uns sehr fraglich. Wenn der Unterschied von Korrealität und Solidarität schon vor Justinian bestanden hat, dann kann es auf die Wirkung der Verjährung nicht ankommen; denn wenn die Wechselordnung die Unterbrechung nur in personam wirken lässt, so muss sie sich nicht notwendig damit für die Solidarität enschieden haben, sondern sie kann ebensowohl die „singuläre und nicht zu billigende" Neuerung Justinians wieder haben aufheben, sich also erst recht auf den Standpunkt, dass Korrealität vorliege, haben stellen wollen.

Wollen mithin diese Gründe nichts gegen die korreale Natur der Wechselregresssolidarität besagen, so ist es m. E. ganz

---

[26]) Lehmann S. 433, 478; Staub, Wechselordnung zu Art. 49.

[27]) Samhaber S. 192, R.O.H.G. V S. 363 f.

[28]) Art. 80 W.O., R.O.H.G. V S. 363 gegen Thöl, Handelsrecht II § 331 N. 14; Renaud, Wechselrecht § 93 a. E.; Wächter, Norddeutsch. W.R. § 75 S. 533. Vgl. auch Hartmann, Wechselrecht S. 116, 147 u. R.O.H.G. V S. 363 a. E. über die Wirkung der Zahlung.

wertlos, aus einem a priori aufgestellten und noch dazu problematischen Prinzip, wie dem der Einheit der Korrealobligation, da praktische Folgerungen ableiten zu wollen, wo die Wechselordnung den Juristen im Stiche lässt. So ist es eine blosse Behauptung, dass die Novation mit dem einen Wechselschuldner den anderen unberührt lasse; so sehr dieser Annahme nach dem reinen römischen Recht zuzustimmen wäre, so sehr müssen wir sie nach gemeinem Recht verneinen. Mit einem Vorbehalt: dass nicht das Wechselrecht selbst diese Konsequenz als unmöglich erscheinen lässt.

Wir haben bisher nur die Kette der Regressschuldner behandelt; es bleibt noch die Verpflichtung mehrerer Aussteller und Avalisten zu besprechen. Da zeigt sich denn so recht, wie wenig man mit der Ribbentropschen Unterscheidung anzufangen weiss. Dass mehrere Aussteller eines Wechsels, wenn sie überhaupt solidarisch haften, als Korrealschuldner bezeichnet werden müssen, sollte gerade von denen erkannt werden, welche die korreale Verpflichtung der Indossanten wegen der mangelnden Aktseinheit und der infolgedessen mangelnden Identität des Verpflichtungsgrundes verneinen. Indessen nimmt auch hier die neuere Lehre in Übereinstimmung mit der Praxis blosse Solidarität an, weil „die Obligation jedes einzelnen eine selbständige ist“.[29]) Es dürfte genügen, gegen diese Ansicht auf die römische Korrealstipulation zu verweisen, die sich auch aus mehreren selbständigen Verpflichtungsakten zusammensetzt und dennoch als ein einheitlicher Vorgang in die Erscheinungswelt tritt. Uns scheint in der That, wenn irgendwo, gerade bei der Ausstellung eines Wechsels der Begriff eines einzigen, wenn auch zusammengesetzten Rechtsakts am Platze zu sein. Denn so richtig es ist, dass es die eigene Erklärung jedes eigenen Ausstellers ist, die ihn verpflichtet, so richtig ist es, dass dies auch bei der römischen Korrealpromission der Fall ist und dass der Wechsel als e i n e einheitliche Schuldurkunde nur einmal, wenn auch von mehreren, begründet werden kann.

Liegt aber unter den Indossanten einerseits, den Ausstellern anderseits Korrealität vor, so ist sie auch zwischen den Ausstellern und Indossanten anzunehmen, da deren Verpflichtungen vollkommen gleichartige sind. Ebenso besteht aber m. E. kein Grund, die Korrealität zwischen dem Acceptanten und den Regress-

[29]) Lehmann S. 433; Staub zu Art. 8 S. 46 § 6.



schuldnern in Abrede zu stellen. Dass der Acceptant neben den Regressschuldnern solidarisch verpflichtet ist, ist nicht zweifelhaft;[30]) uns scheint mit dieser Solidarität die Korrealität von selbst gegeben. Wenn Samhaber dagegen bemerkt,[31]) dass die beiden Obligationen nach ihrem Gegenstand verschieden seien, so will uns dies hier ebensowenig entscheidend dünken als bei der fideiussio des römischen Rechts. Es ist eine Spinosität, zu sagen, dass der Acceptant für die Wechselsumme, der Aussteller und der Indossant für die Regresssumme hafte; denn der eigentliche Kern der letzteren ist die Wechselsumme, gegenüber welcher die anderen Beträge nur Accessionen bilden. Dass die Regresssumme juristisch identisch ist mit der Wechselsumme, das ergibt sich m. E. aus dem Hergang der Regressnahme, bei welcher die Zahlung erreicht werden soll, die man vom Acceptanten nicht erlangt hat. Daher werden die, wenn auch nur in eventum haftenden Regressschuldner durch die Zahlung von seiten des Acceptanten befreit. Allerdings ist das gleiche nicht der Fall bezüglich des Acceptanten. Dieser bleibt vielmehr neben den Vormännern des Indossanten, der den Wechsel eingelöst hat, dem letzteren verhaftet. Aber zunächst ist die Haftung des Acceptanten gegenüber dem Einlöser dem Betrage nach die nämliche, wie die der Indossanten,[32]) und sodann erklärt sich jene verschiedene Behandlung daraus, dass, so wenig ein Accept auf dem Wechsel stehen, mithin eine Acceptantenobligation vorhanden sein muss, doch diese, wenn sie vorhanden ist, als die primäre gedacht ist, während die Regressobligation nur als subsidiäre, nämlich für den Fall der Nichterfüllung der ersteren, gedacht ist.[33]) Diese Subsidiarität bringt es mit sich, dass dann keine Regressschuld aus der Regresshaftung entsteht, letztere vielmehr untergeht, wenn die primäre Obligation erfüllt wird; dagegen ist nicht das Gleiche bezüglich der Eventualschuld der Fall; der Acceptant wird durch die Einlösung des Wechsels seitens eines Indossanten zwar von seinem bisherigen Gläubiger frei, worin sich die Identität des Gegenstandes und damit die Solidarität ausspricht; aber er haftet dem Regresszahler und dessen Vormännern weiter, wie der Hauptschuldner durch die

---

[30]) W.O. Art. 81.

[31]) S. 188.

[32]) Staub Art. 51 W.O. § 13 S. 12 f. gegen Dernburg, Pr. Privatr. II § 273 N. 16.

[33]) Wie die Protestvorschriften ergeben.

Zahlung des Bürgen zwar von seinem Gläubiger befreit wird, aber dem Regress des Bürgen unterliegt.

Diese Betrachtung mag für unseren Zweck genügen. Sie sollte einerseits zeigen, dass Veranlassung gegeben wäre, vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus Korrealität anzunehmen, anderseits, dass die Gepflogenheit der herrschenden Lehre, mit einem Schlagwort, statt mit dem Wesen der Korrealität zu operieren, im Wechselrecht die Folge gehabt hat, dass man eine für die herrschende Lehre nicht unwichtige Frage in einer sehr äusserlichen und unpraktischen Weise behandelte. Damit ist der Beweis, den wir in diesem Paragraphen führen wollen, für das Wechselrecht erbracht. Man hat sich gegenüber der Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität in Verlegenheit befunden und ist, so einhellig man früher Korrealität annahm, zur Solidarität übergegangen.[34]) Man wusste eben mit der Korrealität nichts anzufangen. Darin ist aber noch ein anderes Moment enthalten, welches nicht unwichtig für uns ist. Ribbentrop glaubte, in Anbetracht der damals geltenden gemeinrechtlichen Anschauung, nicht die Korrealität, sondern die Solidarität entdeckt zu haben; in Wirklichkeit unterschied sich s e i n e Korrealität ebenso sehr von der des gemeinen Rechts wie seine Solidarität. Aber es lässt sich, wie in der Theorie, so in der Praxis, ein Zug von der Korrealität zur Solidarität beobachten, und insofern wird Ribbentrops Entdeckung immer grundlegend bleiben, als sich die neuere Doktrin und Praxis, indem sie sich von der Ribbentropschen Korrealität zur Ribbentropschen Solidarität bewegt, der römischen Korrealität mehr nähert, als dies das frühere gemeine Recht gethan hatte.[35])

II. Gehen wir nunmehr zu den Solidarobligationen des Handelsrechts über. Strenger als das römische Recht, welches im Zweifel die Geteiltheit der Schuld bei Mehrheit der Schuldner annahm, war schon die moderne Theorie und Praxis für eine

[34]) Über die Korrealität vgl. noch: Mages S. 106 f.; Siebenhaar, Korrealobl. S. 361 ff. und Archiv f. d. Wechsel- und Handelsrecht XVI S. 132 ff., 143 f., 161 ff., 171 ff., der die Korrealität ablehnt, weil der Wechsel keine Obligation sei; Wächter, d. Wechselrecht des d. Reiches 1883 S. 497 N. 1—5; Endemann, Handbuch IV Abt. II S. 200 N. 9; Kuntze, Wechselrecht S. 59; Hartmann, Wechselrecht § 37 u. a. F ü r die Korrealität noch: Thöl, Handelsrecht II § 331 zu N. 14 (eklektisch); Renaud § 93.

[35]) Über die Konsequenzen aus der Annahme blosser Solidarität siehe: R.O.H.G. XI S. 92, XIV S. 165 (Wirkung der Erlasses); I S. 281; Wächter § 76 u. § 89 (Prolongation und Protesterlass).

Präsumption der Solidarhaftung bei Handelsgeschäften eingetreten[36]) und das Handelsgesetzbuch hat sich dieser Anschauung angeschlossen, indem es Personen, welche in einem Handelsgeschäft gemeinsam eine Verpflichtung eingegangen sind, als Solidarschuldner betrachtet, sofern sich nicht aus der Übereinkunft mit dem Gläubiger das Gegenteil ergibt.[37]) Da es sich hiernach nur um eine Präsumption des Parteiwillens handelt, muss in diesem Fall unbedenklich angenommen werden, dass eine Korrealobligation im Sinne des römischen Rechts, bezw. der herrschenden Lehre vorliegt.[38])

Denn mit dieser Vorschrift ist nur in Übereinstimmung mit dem preussischen Landrecht die gemeinrechtliche Vermutung der Teilung geändert; es ist aber keine gesetzliche Solidarität geschaffen. Auch für die, welche den Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität auf die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes stützen, besteht daher kein Grund, blosse Solidarität anzunehmen. Freilich schliesst der Art. 281 des Handelsgesetzbuchs das beneficium divisionis und excussionis aus; aber das ist nichts weiter, als eine Korrektur des römischen Rechts, trotz welcher immer noch präsumierte Korrealität vorhanden ist.[39])

Auch in den Fällen der handelsgesellschaftlichen Solidarität wird mit überwiegender Mehrheit Korrealität angenommen. Allerdings rechnet Savigny noch die Handelsgesellschafter zu den unechten Korrealschuldnern.[40]) Insofern man die Korrealität auf den Willen der Parteien als einzige Quelle zurückführt, muss auch wohl Solidarität angenommen werden.

Indessen hat es dabei zunächst auf die Frage anzukommen, was das Handelsgesetzbuch unter dieser „Solidarhaftung" versteht. Aber es schweigt mit gutem Grunde, weil es die Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität ebensowenig für praktisch brauchbar hält, wie andere moderne Gesetzbücher. Mit dem Art. 281 will es eine einzige Kontroverse beseitigen; im übrigen ist das Handelsgesetzbuch als organischer Bestand-

---

[36]) Glück XV S. 465; Thöl, Handelsrecht I. II. Aufl. S. 164 N. 22; Biener, Wechselrechtl. Abhandl. S. 350 f.; Samhaber S. 181 u. A.

[37]) Art. 280. Derselbe ist im neuen Handelsgesetzbuch vom 10. V. 1897 wegen des § 427 des B. Gesetzbuchs in Wegfall gekommen.

[38]) Samhaber S. 182.

[39]) Auch Art. 281 ist, soweit er von diesen Benefizien handelt, durch das B. Gesetzbuch gegenstandslos geworden.

[40]) Obligationenrecht I S. 287.

teil unseres bürgerlichen Rechts zu betrachten und mit und aus ihm zu erklären. Die Vorschriften der Art. 280, 112 ff. statuieren sozusagen eine Blankettsolidarität, die erst mit den Normen des bürgerlichen Rechtes ausgefüllt werden muss.[41])

Wenn aber die Solidarität der Gesellschafterhaftung einerseits Korrealität sein soll, anderseits auf Gesetz beruht, wie erklärt sich diese gesetzliche Korrealität? Uns macht ja wohl die Beantwortung dieser Frage keine Schwierigkeit, da das römische Recht genug Fälle gesetzlicher Korrealität enthält und m. E. gar nicht zwischen Korrealität und Solidarität unterscheidet. Aber hier zeigt sich so recht der Einfluss der Ribbentropschen Lehre, der durch sie geschaffene unhaltbare Zustand. Den einen ist die Einheit der causa das Korrealität begründende Moment; den anderen der Parteiwille; man bemüht sich, nach diesen Gesichtspunkten die durch Art. 112 ff. [41a]) aufgeworfene Frage zu entscheiden. So sieht sich Mages genötigt, zwischen Vertrag und Gesetz als Entstehungsgründen der handelsrechtlichen Solidarität zu unterscheiden und ersterem die Fälle der Artt. 112, 257, 269, 280, 281, letzterem die Fälle der Artt. 173, 204, 241, 245, 247, 248 zuzuweisen.[42]) Eine ganz willkürliche Einteilung; die Gesellschafter sind gesetzliche, nicht Vertragssolidarschuldner; ebenso der stille Gesellschafter, der seinen Namen in die Firma aufnehmen lässt[43]) und der Gelegenheitsgesellschafter.[44]) Es sind also geradezu alle Fälle der handelsrechtlichen Solidarität, mit Ausnahme des in Art. 280 enthaltenen, gesetzliche Solidarobligationen; mithin wären dieselben der blossen Solidarität zuzuweisen. Mages sucht seiner Ansicht freilich eine andere Begründung zu geben. Derjenige, der für die Gesellschaft handelt, sei er nun Gesellschafter oder Prokurist, oder „welch immer für ein“ (!) befugter Institor, verbindet eben aus dem Geschäft jeden einzelnen und diese Verpflichtung geht vermöge der unabänder-

---

[41]) Die Nürnberger Kommission hat den Antrag, die Solidarhaftung näher zu normieren durch den Zusatz „die Solidarschuldner haften alle für einen und einer für alle“ und damit auszudrücken, dass sie Korrealschuldner seien, mit der Begründung abgelehnt, dass die angeregte Frage als eine rein doktrinäre im Gesetz nicht zu berühren sei, zumal selbst die Doktrin über sie noch nicht völlig (!) ins Reine gekommen zu sein scheine und für manche Partikularrechte die Frage überhaupt nicht von Interesse sei. Vgl. Protokolle zur Beratung des a. d. H.G.B. S. 498.

[41a]) Nunmehr § 128 des neuen H.G.B.

[42]) S. 100. [43]) Art. 257. [44]) Art. 269.

lichen und imperativen Vorschrift für jeden einzelnen auf das Ganze. Es liegt also Einheit des Aktes und der causa vor, und mithin ein und dieselbe Obligation mit ungeteilter subjektiver Beziehung auf die einzelnen Gesellschafter.[45]) Ein weiteres Argument glaubt Mages in der Solidarität der Berechtigung zu finden, welche nur als Korrealität denkbar sei.[46])

Andere leiten die Solidarhaftung aus dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft ab.[47]) Offene Gesellschafter sind solche Leute, die unter gemeinsamer Firma ein Handelsgewerbe betreiben; ein Gewerbe betreibt der, welcher die Rechte und Pflichten aus demselben übernimmt. Daraus schliesst Staub, dass die Gesellschafter, weil sie das Handelsgewerbe „betreiben", auch die Rechte und Verbindlichkeiten aus demselben übernehmen, und zwar so, wie man auch sonst für obligatorische Verpflichtungen haftet, d. h. mit dem „ganzen Vermögen". Wir vermögen darin nur eine ganz fehlerhafte Schlussfolgerung zu erblicken. Es ist richtig, dass jeder Schuldner mit seinem ganzen Vermögen für seine Schuld haftet. Aber liesse sich daraus eine Solidarhaftung ableiten, so müsste ein jeder Schuldner Solidarschuldner sein. Staub verwechselt das „Womit" mit dem „Wofür" der Haftung; begründet musste werden, nicht dass der Schuldner mit seinem ganzen Vermögen, sondern dass er für die ganze Schuld haftet.

Was aber diese Frage betrifft, so kann sie nur auf das Gebot des Gesetzgebers zurückgeführt werden.[48]) Allerdings ist hier auch Hahn anderer Ansicht;[49]) wie für Mages, so handelt es sich auch für ihn um Vertragssolidarität, und deshalb um Korrealität. Die kontrahierenden Gesellschafter nehmen dadurch, dass sie im Namen der Gesellschaft handeln, auf den Gesellschaftsvertrag Bezug; die Bestimmungen desselben werden zur lex contractus; es wird erklärt, dass so gehaftet werden soll, wie im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist. Da aber dieser Gesellschaftsvertrag die solidarische Haftung nicht gültig ausschliessen kann, so ist die Möglichkeit eines anderen Vertragsinhalts ausgeschlossen und es liegt „daher (!) eine wahre und eigentliche Korrealschuld vor".

---

[45]) Mages S. 101.
[46]) Art. 269 Abs. II; Protokolle S. 1182.
[47]) Staub zu Art. 112 § 2 lit. a. —
[48]) Vgl. Affolter in Kohlers Archiv f. b. Recht V S. 8 f.
[49]) Hahn, Kommentar zum H.G.B. Art. 112 §§ 3 u. 4.

Ähnlich operiert Mages:[50]) Die Einheit der causa wird vermittelt durch das Gesellschaftsverhältnis. Löst sich daher die Gesellschaft auf und wird das Band, welches die gegenseitige Gesamtverpflichtung bedingte, gelöst, so ist es nunmehr die Rücksicht auf den Schutz des Gläubigers, welche durch eine bestimmte Frist die Gesamtverbindlichkeit aufrecht erhält; die bestehenden Obligationen werden aktiv und passiv geteilt und wie die Eigenschaft des Erben bei der unbedingten Antretung nach der Einantwortung in den Nachlass verschwindet, so geht der Anteil aus dem Gesellschaftsvermögen in die privatrechtliche Persönlichkeit des Gesellschafters über. Dem Gläubiger bleibt ein bestimmter Termin, innerhalb dessen er seine Rechte gegen jeden der früheren Gesellschafter, im Fall des Austritts eines einzelnen gegen diesen, geltend machen kann; allein durch die Lösung des unter ihnen bestehenden Bandes verwandelt sich die ursprünglich korreale in eine solidarische Obligation: für jeden Gesellschafter wird die Schuld eine selbständige. Dem entspricht die Vorschrift des Art. 148, wonach die Verjährung zu gunsten eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters durch Rechtshandlungen gegen die anderen Gesellschafter oder die fortbestehende Gesellschaft nicht unterbrochen wird, wohl aber zum Nachteil eines bei der Gesellschaft verbliebenen Gesellschafters durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren.

Diese Ansicht ist geradezu ungeheuerlich. Der Art. 146 bestimmt nichts weiter, als die fünfjährige Verjährungsfrist gegen den austretenden Gesellschafter. Über die Art seiner Forthaftung ist kein Wort gesagt; er haftet daher nach seinem Ausscheiden oder nach Auflösung der Gesellschaft geradeso weiter wie vorher. Wenn sich demgegenüber Mages auf die Sätze über die Unterbrechung der Verjährung beruft, so hat er nur den äusseren Schein für sich. Arg. e. contr. ergibt sich allerdings, dass die Verjährung, solange das Gesellschaftsverhältnis unverändert fortdauert, gegen alle Gesellschafter unterbrochen wird, wenn der unterbrechende Rechtsakt sich auch nur gegen einen Gesellschafter richtet; insofern besteht also eine Verschiedenheit zwischen der Zeit vor und nach der Auflösung der Gesellschaft. Aber der Grund dieser Verschiedenheit liegt nicht in der Natur der Solidarität, die nach der Auflösung eine andere wäre wie vorher, sondern darin, dass vorher eine Gesellschaft bestand, die

---

[50]) S. 101.

jetzt nicht mehr vorhanden ist. Der Grund der Erscheinung, dass die Verjährung gegen alle Gesellschafter gleichmässig läuft und gleichmässig unterbrochen wird, ist offenbar darin zu suchen, dass sie Gesellschafter sind; deshalb verliert diese Regel ihre Geltung, sobald der einzelne aus der Gesellschaft ausscheidet. Dass dem Art. 148 zu Grunde liegende Princip ist, dass die Verjährung der Klage gegen den einzelnen Gesellschafter durch Akte gegen den Gesellschafter selbst oder gegen die Gesellschaft, der er angehört, unterbrochen wird.[51]) Solange der ursprüngliche Bestand der Gesellschaft unverändert ist, ist die Schuld des einzelnen Gesellschafters zugleich eine Gesellschaftsschuld; mit der Gesellschaft wird immer materiell der einzelne Gesellschafter mitbelangt. Die Unterbrechungshandlung gegen die Gesellschaft wirkt daher auch gegen den einzelnen Gesellschafter. Tritt derselbe dagegen aus, so wirken die Unterbrechungshandlungen. welche gegen die Gesellschaft vorgenommen wurden, nicht mehr gegen ihn, weil er kein Mitglied der Gesellschaft mehr ist. Nur insoweit also können wir das argumentum e contrario für begründet erachten. Dagegen ist im Gesetz gar nichts darüber gesagt, ob die Klage gegen den einen Gesellschafter die Verjährung gegen den anderen unterbricht, und die Begründung, die wir soeben für den Fall gegeben haben, dass gegen die Gesellschaft die Klage erhoben wird,[52]) lässt hier vollkommen aus. Es ist daher geradezu ein Zirkelschluss, wenn man hier die Korrealität auf die Unterbrechung gründen will, da diese Unterbrechung nur auf die Korrealität gegründet werden könnte. Vielmehr wäre der einzige zulässige Schluss der: da die Erwägung, welche die Unterbrechung der Verjährung durch einen gegen die Gesellschaft gerichteten Akt gegen die einzelnen Gesellschafter wirken lässt, nicht da Platz greifen kann, wo ein Unterbrechungsakt gegen einen Gesellschafter in Frage steht, so ist auch für die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses anzunehmen, dass die gegen den einen Gesellschafter gerichtete Unterbrechungshandlung nicht gegen den anderen wirkt. Diese Argumentation würde mithin dazu führen, dass die l. 5 C. h. t. 8, 40 hier keine Anwendung finden könnte und der nächstliegende Schluss hieraus wäre der, dass mehrere offene Handelsgesellschafter keine Korreal- sondern blosse Solidarschuldner wären.

[51]) Staub zu Art. 148 Einleitung.

[52]) Dass die Gesellschaft nicht juristische Person ist. Vgl. meine subj. Grenzen der Rechtskraft S. 79 ff.

Indessen fragt es sich, ob dieses letzte Ergebnis richtig ist. Die l. 5 C. cit. stellt sich als Singularität dar, die über die Frage, ob Korrealität oder Solidarität, nicht entscheiden kann. Anderseits lässt das Handelsgesetzbuch die Frage, was bezüglich der Verjährung gelten soll, mit gutem Vorbedacht offen, weil es einen blossen Rahmen geben will, den die verschiedenen Privatrechte ausfüllen sollen, welche im Gebiet des H.G.B. gelten.[53]) Man würde daher unbedenklich annehmen dürfen, dass im Gebiet des gemeinen Rechts, wo die Unterbrechung der Verjährung wie gegen den einen so gegen den anderen Korreus wirkt, für die Handelsgesellschaft das Gleiche gilt, vorausgesetzt eben, dass die Handelsgesellschafter correi sind. Diese Voraussetzung ist nur eben im Handelsgesetzbuch nicht ausgesprochen; man wird daher nach ihr, und zwar unabhängig von der Verjährungsfrage, erst suchen müssen. Von einzelnen Wirkungen der Solidarität schweigt aber das Gesetzbuch; nur die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung und den Ausschluss des beneficium divisionis stellt es, und erstere nur zum Teile, fest. Das können aber, das sollen sogar Korrekturen sein; in diesen Punkten soll Einhelligkeit im Handelsrecht herrschen.

Wie aber die Wirkung der Unterbrechungshandlung, die gegen die Gesellschaft gerichtet ist, so ergibt sich auch die Wirkung der gegen die Liquidatoren gerichteten Unterbrechungshandlung aus dem Begriff der Handelsgesellschaften, da die Liquidatoren nur die Gesellschaft vertreten. Daraus ergibt sich, dass die Korrektur, die das H.G.B. eintreten lässt, bedeutender ist, als es den Anschein hat, dass nämlich das H.G.B. die Norm der l. 5 C. h. t. wirklich beseitigt hat. Der Art. 148 ist nicht die Korrektur selbst, sondern nur eine Folge derselben; der korrigierende Rechtssatz ist nur durch Schlussfolgerung zu gewinnen. Er lautet: Die Verjährung wird gegen den einzelnen Handelsgesellschafter nicht dadurch unterbrochen, dass sie gegen den anderen unterbrochen wird. Damit verträgt es sich, dass die Unterbrechung gegen die Gesellschaft auch gegen die Gesellschafter wirkt, aber nicht mittelbar, sondern weil dieselbe Unterbrechung gegen die Gesellschafter von vornherein ist. Daraus ergibt sich auch der in Art. 148 ausgesprochene Satz und der, welcher die Voraussetzung desselben bildet, nämlich, dass die Unterbrechung gegen den einen Gesellschafter gegen den anderen

[53]) Vgl. Staub zu Art. 112 § 1.

wirkungslos ist. Aber dies halte ich für kein Argument gegen die Korrealität, sondern für eine Korrektur des römischen Rechts, für einen positiven Satz, der unter bewusster Ausserachtlassung der Frage, ob Korrealität oder Solidarität, erlassen wurde. Damit sind wir wieder mit dem oben angeführten „Willen des Gesetzgebers" im Einklang.

Nun aber zurück zu der Frage: Was ist für das Handelsrecht anzunehmen? Korrealität oder Solidarität? Hahns Argumentation für die erstere schlägt der Wirklichkeit ins Gesicht; sie ist ein Herumdrücken um die gesetzliche Solidarität, um die Korrealität nicht verneinen zu müssen.[54]) Auch das Operieren mit der Einheit der causa, mit dem Bande, welches die Gesellschaft um die Mitglieder schlingt, ist verfehlt. Die Korrealität als Vertragssolidarität hat ihren Grund im Willen der Parteien; die Solidarität im Fall des Art. 112 hat ihren Grund ganz allein im Willen des Gesetzgebers. Die Gesellschaft als solche ist nicht in der Lage, hier etwas Besonderes zu bewirken; sie kann nur unter den Gesellschaftern, nicht gegen den Gesellschaftsgläubiger von Einfluss sein. Sie bewirkt nur, dass die Schulden gemeinsam sind, dass einer für den anderen handeln kann, dass eine actio pro socio entsteht u. s. w. Aber sie bewirkt nicht, dass die Handelnden Solidarschuldner werden, und der Versuch, mit dem gesellschaftlichen Band zu operieren, ist daher eitel Trug. Man verweise nicht auf die argentarii socii; für die herrschende Lehre sind diese ja Solidarschuldner; daraus wäre ein Argument gegen die herrschende Lehre bezüglich der Handelsgesellschaften zu entnehmen. M. E. sind sie Korrealschuldner; aber was folgt daraus? Nur, dass es eine gesetzliche Korrealität gibt, die an den Thatbestand anknüpft, dass die socii argentarii, nicht dass die argentarii socii sind. Das Thatbestandsmerkmal „socii" hat nur die Bedeutung, dass die in Frage kommende Schuld eben eine Schuld der Gesellschafter ist; eine Solidar- bezw. Korrealschuld wird sie dadurch, dass die Schuldner argentarii sind. In gar keiner Beziehung liegt hier in höherem

---

[54]) Gegen Hahn siehe auch Siebenhaar, Korrealobligation S. 366 ff. Wenn aber Siebenhaar S. 364 unten den legislativen Grund der Korrealität 1) in dem Gesellschaftsvertrag und 2) in der Firma erblickt, durch die nach aussen erklärt wird, dass jeder Zeichnende die Gesellschaft vertreten soll, während jeder Gesellschafter aufs Ganze haften zu wollen erklärt, so ist das erste richtig, aber für die Solidarität nicht ausreichend, und das zweite unrichtig, weil eine Fiktion.

Sinne Einheit der causa und Einheit des Aktes vor als bei jeder anderen Societät; dass trotzdem Korrealität eintritt, beruht auf keinem inneren Grunde, sondern auf der Rigorosität des Rechts, welche aus rein praktischen Momenten hervorgeht.

Wie aber jede Begründung der Solidarität in unserem Fall versagt, so ist überhaupt die ganze Kontroverse ein Beweis dessen, dass es der Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität an inneren Kriterien fehlt; dies zeigt sich darin, dass die moderne Theorie und Praxis da ohne Ziel und Weg herumtastet, wo nicht die einzelnen Fälle der Ribbentropschen Korrealität in Frage sind, sondern wo es sich um neue Fälle handelt, die es unter die Unterscheidung zu subsumieren gilt.[55])

Werfen wir nach diesen Bemerkungen noch einen Blick auf die Praxis! Dass ein innerer Grund für die Solidarhaftung der Handelsgesellschafter nicht besteht, hat die ältere Praxis anerkannt.[56]) Wenn dieselbe dennoch an der Korrealitätsnatur dieser Solidarität festhält,[57]) so liegt darin gewiss kein Beweis für die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität, sondern eher ein Argument gegen dieselbe, indem dadurch ausgesprochen wird, dass es eines inneren Grundes für die Annahme einer Korrealobligation nicht bedarf, und dass sich ein solcher gar nicht finden lässt.[58])

III. Ein weiterer Fall, der unsere Betrachtung herausfordert, ist die Schuldübernahme. Wir meinen damit nicht die Intercession, die durch Vertrag mit dem Gläubiger erfolgt und entweder den bisherigen Schuldner befreit oder ein Gesamtschuldverhältnis begründet;[59]) denn diese bietet keine Schwierigkeiten.[60]) Uns interessiert vielmehr nur die Schuldübernahme, die sich durch Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer vollzieht

---

[55]) Vgl. noch Behrend, Handelsrecht § 73; Affolter in Kohlers Archiv f. b. Recht V S. 8f.; Lastig in Endemanns Handbuch I S. 392; Mandry, civilr. Inh. der Reichsgesetze § 36.

[56]) Seuff. Archiv II No. 179; III No. 360 (Gerichtsgebrauch); XII No. 160 (wo versucht wird, die Solidarität aus der Institorenthätigkeit der Kontrahenten zu erklären; dagegen Staub zu Art. 112); XIV N. 93 (Institor); XVIII No. 100 (Interesse des Handels); XX 127 (Gewohnheitsrecht, prakt. Bedürfnis).

[57]) R.G. III S. 58 (ohne Begründung).

[58]) Über weitere Fälle des Handelsrechts vgl. Kuntze, Obligationen 1886 S. 180 ff.

[59]) Vgl. l. 8 § 5 D. de nov. 46, 2; oben Kap. I § 1.

[60]) Darüber, dass dann, wenn keine Novation erfolgt, Korrealität vorliegt, siehe oben S. 10 f.

und welche bezweckt, dem Gläubiger an Stelle des bisherigen Schuldners einen anderen zu geben. So bestritten die Frage ist, welches die Folgen dieses Übernahmevertrages sind, so stimmt doch die gemeinrechtliche Theorie und Praxis darin überein, dass aus diesem Vertrag für sich allein keine Rechtsfolgen für den Gläubiger entstehen, weil dem Gläubiger wider seinen Willen ein anderer Schuldner nicht aufgedrungen werden kann.[61]) Daher muss der Gläubiger diese Schuldübernahme genehmigen. Durch die Genehmigung aber wird der Schuldnerwechsel vollzogen, so dass der Gläubiger, der vorher seinen ursprünglichen Schuldner als Alleinschuldner hatte, nunmehr den Übernehmer als Alleinschuldner erhält.[62]) Eine Mehrheit von Schuldnern kommt dabei also gar nicht in Frage. Dass vor der Genehmigung der Übernahme der Übernehmer noch nicht Schuldner des Gläubigers ist, äussert sich insbesondere darin, dass die Kontrahenten ihren Vertrag ungehindert wieder rückgängig machen können.[63]) Die Frage: liegt hier Korrealität oder Solidarität vor? kann also bei richtiger Betrachtung des Verhältnisses gar nicht gestellt werden. Die Schuldnermehrheit ist nur scheinbar; der Gläubiger kann sich allerdings an den einen oder den anderen halten, aber an den Übernehmer nur unter der Bedingung, dass er die Genehmigung rechtzeitig erklärt hat, d. h. dass die Parteien den Übernahmevertrag nicht vor der Genehmigung wieder rückgängig gemacht haben. Trotz dieser Möglichkeit den Übernehmer als Schuldner des Gläubigers zu bezeichnen, hätte aber nicht mehr Berechtigung, als die Behauptung, es sei jeder Mensch hypothetisch der Schuldner des anderen, weil er möglicherweise mit ihm einmal kontrahieren kann. Es ist deshalb nicht richtig, dass, wie die Praxis annimmt, durch die Übernahme ein neuer Schuldner neben den bisherigen in das Schuldverhältnis eintrete und dass der Beitritt des Gläubigers nur die Befreiung des bisherigen Schuldners bewirke.[64])

Allerdings ist auch eine andere Gestaltung der Schuldüber-

---

[61]) Windscheid II § 338; Bruns bei Holtzendorff I § 65 a. E. (S. 482); Unger Iherings Jahrb. X S. 90; Regelsberger, bayr. Hypothekenrecht II. Aufl. S. 445; Dernburg, Preuss. Privatr. II § 65 (S. 149). Teilweise anders Dernburg, Pand. II S. 147.

[62]) Dernburg, Pr. Privatr. II § 65 letzter Absatz (S. 152).

[63]) Unger a. a. O. S. 90; Dernburg, Pr. Privatr. II S. 149; Windscheid arg. § 338 zu N. 7; R.G. XXXII S. 156; XXXIII S. 189.

[64]) R.G. XIX S. 255.

nahme denkbar: als Vertrag zu gunsten des Gläubigers.[65]) Liegt hier keine Solidarobligation vor? Nach dem B. Gesetzbuch kann die Leistung an einen Dritten mit dem Erfolg bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern.[66]) Dass hier keine Aktivsolidarität vorliegt, weil das Recht des Schuldners, der den Vertrag mit dem Übernehmer schliesst, inhaltlich verschieden von dem des Gläubigers ist,[67]) haben wir bereits im V. Kapitel ausgeführt.[68]) Dagegen liegt zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer dann allerdings eine Solidarschuld vor, da der Gläubiger das Recht hat, die nämliche Leistung von mehreren Schuldnern zu fordern, und wohl angenommen werden muss, dass die einmal erfolgte Leistung die beiden Schuldner befreit.[69]) Ob diese Gesamtschuld eine Korreal- oder Solidarobligation ist, kann für uns dahingestellt bleiben; mögen die Anhänger der Überscheidung sich an dieser Frage versuchen. Wir zweifeln nicht daran, dass diese Frage die nämlichen Schwierigkeiten bereiten wird, die wir bereits in den Fällen des Handels- und Wechselrechts kennen gelernt haben.

Teilweise anders liegt die Sache bei der hypothekarischen Schuldübernahme. Wegen der herkömmlichen Verabredung, dass der Erwerber des verpfändeten Anwesens sich die übernommenen Hypotheken am Kaufschilling abrechnen lässt, erscheint es unbillig, dass dem Gläubiger der Erwerber nicht, anderseits der Veräusserer noch weiter hafte.[70]) Deshalb haben moderne Gesetze dem Gläubiger die Forderungsklage gegen den Erwerber auch dann gegeben, wenn er dem Vertrag nicht beigetreten ist.[71]) Dagegen wird der Veräusserer von seiner persönlichen Haftung dann frei, wenn der Gläubiger nicht binnen bestimmter Frist von seinem Forderungsrecht gegen ihn Gebrauch macht. Solange der Gläubiger die Schuldübernahme nicht ausdrücklich oder durch Versäumung der Präklusivfrist genehmigt hat, kann der Übernahmevertrag zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber auf-

[65]) Vgl. Stammler, das Recht der Schuldverh. in seinen allgem. Lehren 1897 S. 210 lit. b.

[66]) B. Gesetzbuch § 328.

[67]) Ebenso mit Recht Stammler a. a. O. S. 170 f.

[68]) Oben S. 475 f.

[69]) Vgl. Stammler S. 211.

[70]) Dernburg, Pr. Privatr. II S. 150, Pand. II S. 147.

[71]) Preuss. Gesetz über den Eigentumserwerb an Grundstücken vom 5. V. 72 § 41, bayr. Hypothekenges. § 56 in der Fassung der Novelle vom 29. Mai 1886; sächs. Gb. § 432, deutsches B. Gb. § 416.

gehoben werden; doch wird die Rückgängigmachung gegenüber dem Gläubiger, solange der Erwerber das Gut nicht weiter veräussert hat, erst wirksam, wenn sie ihm angezeigt wird.[72])

Wird durch diese Schuldübernahme eine Mehrheit von Schuldnern geschaffen? Für die Bejahung spricht, dass einerseits der Gläubiger auch nach der Übernahme immer noch den ursprünglichen Schuldner belangen kann, anderseits schon eine persönliche Klage gegen den Übernehmer begründet ist,[73]) ferner dass die Wiederaufhebung des Übernahmevertrags dem Gläubiger angezeigt werden muss, um wirksam zu sein.[74]) Gegen die Bejahung spricht indessen sehr erheblich, dass die Übernahme einer Genehmigung von seiten des Gläubigers bedarf, einer Erklärung also, welche nicht Entlastung des bisherigen Schuldners, sondern Annahme des neuen Schuldners ist, ferner dass die Übernahme ohne Mitwirkung des Gläubigers überhaupt möglich ist. Diese beiden Sätze müssen in Verbindung damit, dass es sich hier nicht darum handelt, einen Schuldner neben den anderen, sondern an die Stelle des anderen zu setzen, als die massgebenden betrachtet werden. Es ist schlechterdings undenkbar, dass der Gläubiger einen Schuldner ohne seinen Willen verlieren kann; auch hätte die Genehmigung eines Aktes keinen Sinn, der seine Wirkung schon von selbst geäussert hätte. Demgegenüber kann die Möglichkeit der Klage gegen den Übernehmer nicht ins Gewicht fallen; die Klagerhebung ist vielmehr als Bethätigung der Genehmigung zu erachten.[75]) Ebensowenig kommt die — übrigens nur im bayerischen Recht geltende — Beschränkung der Möglichkeit, den Übernahmevertrag aufzuheben, gegen die Macht dieser Gründe auf, da keine Genehmigung des Aufhebungsvertrags, sondern eine nur einseitige Mitteilung an den Gläubiger in Frage steht, die im Interesse des Gläubigers eingeführt ist. Die Verschiedenheit dieses Verhältnisses von der Solidarität zeigt sich auch insbesondere in den Wirkungen: Nicht erst die Leistung von seiten des Übernehmers befreit den ur-

---

[72]) Jedoch nur nach bayrischem Recht.

[73]) B. Hypothekenges. § 56 cit.: „Nimmt der Gläubiger den Übernehmer ausdrücklich oder durch Geltendmachung der persönlichen Haftung an, so wird der bisherige Schuldner von der Haftung frei." Den anderen Gesetzen fehlt eine solche ausdrückliche Vorschrift.

[74]) B. Hypothekenges. § 56 Abs. III.

[75]) Regelsberger, Hypothekenrecht S. 450 N. 5 gegen Throner, Bl. f. R.A. 52 S. 227, 233.

sprünglichen Schuldner, sondern schon des ersteren Annahme durch den Gläubiger; die Annahme der Leistung von seiten des einen oder des anderen Schuldners kommt nur insofern in Betracht, als in der Annahme vom Übernehmer die Genehmigung der Übernahme, in der Annahme vom Schuldner die Verweigerung dieser Genehmigung enthalten ist. Die Gesamtwirkung der Leistung begründet daher nur eine äusserliche Ähnlichkeit mit der Solidarität.

Dennoch haben einzelne Schriftsteller in diesem Fall eine Mehrheit von Schuldnern angenommen und sich damit vor die Frage: Solidarität oder Korrealität? gestellt. Schon nach gemeinem Recht soll die Schuldübernahme zunächst „eine Art von echtem Korrealverhältnis“ erzeugen, was darin seinen Ausdruck findet, dass der Gläubiger nach seiner Wahl jeden von den beiden Schuldnern auf das Ganze belangen kann. [76]) Das wäre richtig, wenn der Übernehmer durch den Übernahmevertrag schon Schuldner des Hypothekengläubigers geworden wäre. Aber davon kann keine Rede sein, weder nach bayerischem Recht, noch viel weniger nach den anderen Rechten, welche die Klage gegen den neuen Schuldner erst von der Genehmigung der Übernahme an gestatten. [77])

Anders war dies im bayerischen Recht nach dem § 56 cit. in seiner ursprünglichen Fassung. Der Abs. I des § 56 (damals einziger Absatz) lautete zwar ebenso wie heute:

> „Die Haftung des dritten redlichen Besitzers für sämtliche eingetragene Hypotheken und vorgemerkte Forderungen erstreckt sich nicht weiter, als das Gut zu ihrer Befriedigung hinreicht . . . es wäre denn, dass er diese Schulden persönlich übernommen hätte, in welchem Falle er für die übernommenen Forderungen als Schuldner auch mit seinem übrigen Vermögen haften muss und von den Gläubigern mit einer persönlichen Klage belangt werden kann“;

allein es bestand kein Zweifel darüber, dass nach seinem Wortlaut und nach den Intentionen des Gesetzgebers [78]) die Übernahme sofort durch den Übernahmevertrag und ohne Genehmigung desselben durch den Gläubiger in das Schuldverhältnis neben

[76]) Becher, das b. Landescivilrecht I S. 897 Z. IV.

[77]) Becher übersieht die Änderung durch die Novelle. Abw. Regelsberger S. 450 N. 5 u. wie es scheint, auch Henle, die b. Hypothekengesetznovelle (Erlangen 1889) S. 34 oben.

[78]) Gönner, Kommentar zum b. Hypothekengesetz I S. 455.

den bisherigen Schuldner eintrat, und zwar so, dass das gegen den Übernehmer erworbene Forderungsrecht dem Gläubiger ohne seinen Willen nicht mehr entzogen werden konnte.[79]) Hier hat die Praxis früher eine Korrealobligation angenommen, wenn auch ohne eine Begründung dieser Ansicht. Erst spät ist sie anderer Ansicht geworden. Eine „echte Korrealobligation“ liegt deshalb nicht vor, weil, wenn auch eine Mehrheit von Schuldnern vorhanden ist und durch die Zahlung von seiten eines der Verpflichteten die Obligation in ihrem objektiven Bestand aufgehoben wird, doch davon keine Rede sein kann, dass die Obligation das Merkmal[80]) der Einheit des Obligationsverhältnisses an sich trage und diesem ihrem objektiven Bestande nach als eine einzige Obligation zu betrachten sei; es liegen vielmehr mehrere selbständige Obligationen vor, welche auf den nämlichen, nur einmal zu leistenden Gegenstand gerichtet sind.[81])

Wenn wir dieser Begründung die andere, zwar für das gemeine Recht, aber unter der gleichen Voraussetzung der durch die Schuldübernahme begründeten Schuldnermehrheit gegebene Ausführung des Reichsgerichts gegenüberstellen, nach welcher durch die Schuldübernahme kein neuer Schuldgrund geschaffen, der Rechtsgrund der bestehenden Obligation nicht geändert wird, sondern nur ein neuer Schuldner und zwar im Zweifel neben den bisherigen in das Schuldverhältnis eintritt, so dass erst die Annahme des neuen Schuldners den bisherigen Schuldner befreit,[82]) so wird man wohl dieser letzteren Ansicht das Lob der besseren Begründung erteilen müssen; aber es sind diese Präjudizien zugleich ein Abbild des durch die herrschende Lehre und ihre Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität geschaffenen unklaren Zustands, in dem die Praxis hilflos von einer Korrealitätstheorie zur anderen, von der einen Alternative zur anderen schwankt.

Was das preussische Recht betrifft, so wäre es an sich

---

[79]) Sammlung von Entscheidungen des bayr. Obersten Landesgerichts in Civilsachen I S. 254, II S. 285, XII S. 20, 273, VII S. 71. H. Seuffert in den Bl. f. Rechtsanwendung Bd. XXVI S. 417 f., XXVIII S. 336, XXXIII S. 305, XLIV S. 10. Für die Korrealität nach gemeinem Recht auch R.G. VII S. 131, XIX S. 255; dagegen wieder R.G. XXXIII S. 189, XXXII S. 156. Vgl. auch Bl. f. Rechtsanwendung LI S. 289, LII S. 226.

[80]) Worin besteht dieses?

[81]) Sammlung von E. d. Obersten Landesgerichts VIII S. 193, auch Bl. f. Rechtsanw. XLV S. 102.

[82]) R.G. XIX S. 255.

nicht unmöglich, dem § 41 cit. die Deutung zu geben, dass der Gläubiger den Übernahmevertrag durch die Klagerhebung gegen den Übernehmer acceptieren könne. Indessen ist die Ausdrucksweise „der Gläubiger erlangt die Klage gegen den Erwerber, auch wenn er dem Vertrag nicht beigetreten ist", unzweideutig: der Erwerber ist gegenüber dem Gläubiger durch den Übernahmevertrag geradeso gebunden, bevor der Gläubiger seine Zustimmungserklärung abgegeben hat, wie nach dieser Erklärung. Es liegt daher in diesem Fall eine Schuldnermehrheit vor und man würde, falls die von der herrschenden Lehre vertretene Unterscheidung angenommen werden könnte, Korrealität annehmen müssen, da die Einheit des Schuldgrundes durch den Eintritt in eine bestehende Obligation nicht aufgehoben wird,[83]) und die Identität des Gegenstandes zweifellos vorhanden ist.[84])

Wir haben noch die Zahlungsübernahme zu betrachten. Dieselbe unterscheidet sich von der Schuldübernahme dadurch, dass die Schuld auf dem bisherigen Schuldner haften bleiben soll und auch haften bleibt; es wird nicht die Schuld, sondern deren Zahlung übernommen. Unger sieht in diesem Vorgang einen Vertrag zu gunsten des kontrahierenden Schuldners,[85]) und man kann ihm hierin nur beipflichten; er sieht dies aber nur als die Regel an und erklärt, dass möglicherweise nach der Absicht der Parteien aus dem Vertrage auch der Gläubiger berechtigt werde; dann entstehe sowohl für den Promissar als für den Dritten ein selbständiges Klagerecht gegen den Promittenten.[86]) Wir wollen es dahingestellt sein lassen, ob die Analogie des legatum liberationis, auf die sich Unger beruft, diese Folgerung rechtfertigt; bedenklich macht uns das unterscheidende Moment, dass in einem Legat immer eine Verfügung zu gunsten Dritter liegt und es nur eine Auslegungsfrage ist, ob dieser oder jener honoriert ist, während der Vertrag ebenso begrifflich eine Verfügung zu gunsten des einen Vertragsteils ist und eine Abweichung von dieser Regel mithin in anderer Weise, als durch Berufung auf ein von vornherein ganz anders konstruiertes Institut, begründet werden müsste. So hat denn auch nach römischem Recht der Gläubiger

[83]) Ebenso anscheinend Förster-Eccius, Preuss. Privatr. II S. 787 f.

[84]) Vgl. Gürgens in Iherings Jahrb. Bd. VIII S. 297 ff.; Stammler a. a. O. S. 212.

[85]) Unger Iherings Jahrb. X S. 87.

[86]) eod. S. 88.

gegen den Übernehmer entschieden kein Klagerecht.[87]) Wenn die moderne Praxis zur Annahme dieses Klagerechts drängt, so handelt es sich hier nicht darum, diese Frage zu untersuchen, als vielmehr um die andere Frage, ob Korrealität oder Solidarität vorliegt, wenn wir die Schuldnermehrheit voraussetzen.[88]) Und diese Frage glauben wir vom Standpunkt der herrschenden Lehre nur im Sinn der ersteren Alternative beantworten zu können.

Unger[89]) hat seine abweichende Meinung nicht begründet; gegen ihn scheint mir zu sprechen, dass hier ebenso, wie bei der Schuldübernahme, eine Identifizierung der beiden Obligationen stattfindet. Hat der ursprüngliche Schuldner geleistet, so hat er die nämliche Schuld getilgt, die zu tilgen der Übernehmer verpflichtet war; leistet der Übernehmer, so erfüllt er zwar an sich seine eigene Verpflichtung, aber, da deren Inhalt in der Tilgung einer fremden Verbindlichkeit besteht, zugleich diese andere. Dabei muss allerdings anerkannt werden, dass der Hergang bei der Tilgung ein etwas anderer ist als bei den anderen Solidarobligationen. Bei diesen bildet, wie wir im I. Kapitel entwickelt haben, die Befreiung des Mitschuldners eine Reflexwirkung der Zahlung, der leistende Schuldner will und kann nur seine eigene Verpflichtung erfüllen. Bei der Zahlungsübernahme dagegen erfüllt der Übernehmer seine eigene Verbindlichkeit, indem er die fremde erfüllt. Aber nicht das Nämliche ist der Fall, wenn der ursprüngliche Schuldner leistet; der Übernehmer wird zwar auch befreit, weil seine Verpflichtung gegenstandslos geworden ist, aber der ursprüngliche Schuldner hat nur seine eigene Verpflichtung erfüllt und erfüllen wollen. Darin kommt hier die Solidarität zum Ausdruck und daran verschlägt es nichts, dass der Übernehmer nicht nur für eine fremde Schuld haftet, sondern auch eine fremde Schuld erfüllen muss. Dieses letztere Moment ist juristisch belanglos, juristisch erheblich ist nur das Moment, dass der Schuldner seine eigene Obligation erfüllt — was auch beim Übernehmer zweifellos der Fall ist — und dass dadurch zugleich die Obligation seines Mitschuldners, weil

---

[87]) l. 22 C. de donat. 8, 53; l. 28 D. eod. 39, 5; l. 72 pr. D. de J. D. 23, 3; l. 2 C. de hered. 4, 39; l. 26 C. de pact. 2, 3; l. 23 C. fam. ercisc. 3, 36; Unger S. 88.

[88]) Dass auch hier keine aktive Korrealität oder Solidarität anzunehmen ist, wird keiner Ausführung bedürfen.

[89]) S. 88.

gegenstandslos geworden, untergeht. Die Sache liegt hier ebenso, wie wenn der Schuldner an der Zahlungsübernahme nicht teilgenommen hätte, diese vielmehr mit dem Gläubiger abgeschlossen worden wäre. M. a. W.: die Sache ist ebenso zu behandeln, wie im Fall der l. 8 § 5 D. de novat. und es fehlt daher jeder Grund, hier die Korrealität zu verneinen.

IV. Zwischen dem Versicherer und dem Urheber des Schadens, dessen Ersatz die Versicherung bezweckt, besteht nach Unger[90]) blosse Solidarität. Mir scheint es dagegen ausserordentlich zweifelhaft zu sein, ob überhaupt ein solidarisches Schuldverhältnis vorliegt. Man begründet gewöhnlich die Solidarität damit, dass es sich um Ersatz eines Schadens handle, zu dem neben dem Thäter die Versicherungsgesellschaft verpflichtet sei.[91]) In der That müsste, wenn Schadenersatz der Inhalt des Versicherungsvertrags wäre, wohl unbedenklich Solidarität — vorerst im weiteren Sinne, — angenommen werden; indessen scheint mir das eben zweifelhaft zu sein. Nur sehr scheinbar sprechen für die vermeintliche Schadenersatznatur der Versicherungsobligation die Momente, dass Überversicherung verboten und die Versicherungssumme nur ein Maximalsatz ist. Man wird vielmehr davon ausgehen müssen, dass es auf Delikte eine Prämie setzen hiesse, wenn durch Leistung der Versicherungssumme der Delinquent seiner civilen Haftung ledig würde. Vielmehr haben die beiden Obligationen einen ganz verschiedenen Inhalt, indem der Schadenersatz nur den Inhalt der einen Obligation bildet, während für den Versicherer der Ersatz des Schadens nur das Motiv zu einer Leistung, und der Eintritt des Schadens nicht den Entstehungsgrund für seine Verpflichtung, sondern nur die condicio existens derselben bildet. Die Verpflichtung der Versicherungsgesellschaft ist eine nicht kausale, wie die des Delinquenten, sondern eine abstrakte; sie ist jedoch nach einer doppelten Richtung bedingt: Durch den Eintritt und die Höhe des Schadens. Die Gesellschaft verpflichtet sich, soviel zu bezahlen, als der angerichtete Schaden beträgt; nicht aber, d e n angerichteten Schaden zu ersetzen. Die Verschiedenheit dieses Falls von der gesetzlichen oder Vertragssolidarität springt in die Augen: bei der letzteren handelt es sich um von vornherein identische oder durch den Parteiwillen

---

[90]) Iherings Jahrb. XXII S. 297.

[91]) Unger a. a. O.; Windscheid II § 298 N. 17 a. E.; Eisele Archiv Bd. 77 S. 464 Z. 4.

identifizierte Leistungen; in unserem Fall dagegen wird die eine Leistung mit der anderen nicht identifiziert. Dies zeigt sich darin, dass die Leistung des einen Schuldners den anderen nicht befreit; hat der Versicherte die Versicherungssumme ausbezahlt erhalten, so kann er immer noch gegen den Delinquenten vorgehen; und wenn die Gesellschaft den Schaden nur gegen die Cession der Deliktsklage ersetzt, so geschieht dies auf Grund des einzelnen Vertrages, nicht infolge einer dem Versicherungsvertrag im allgemeinen wesentlichen Voraussetzung. Wenn anderseits der Schadenersatz sofort von dem Thäter geleistet wird, so ist zwar zuzugeben, dass die Gesellschaft nichts mehr zu leisten schuldig ist, und doch im Moment der Beschädigung etwas schuldig geworden war; aber man wird auch mir zugeben, dass die Römer die Befreiung nicht ipso iure, sondern durch eine exceptio doli hätten eintreten lassen. Man wird gegen diese Ausführung vielleicht einwenden, dass die beiden Ausgangspunkte willkürlich seien. Aber einerseits glaube ich, dass unsere Ausgangspunkte nicht weniger berechtigt sind, als die der Gegner; denn dass die Leistung von seiten des einen Schuldners den anderen befreie, ist ebensowenig irgendwo positiv ausgesprochen, wie das von mir behauptete Gegenteil. Anderseits spricht für mich das praktische Moment, welches ich schon erwähnt habe und endlich der Umstand, dass der Schadenersatz hier eine ganz andere Rolle spielt, als bei einer Mehrheit von Delinquenten. Bei diesen identifiziert das Gesetz; beim Versicherungsvertrag könnte die Identifizierung, weil die Verpflichtung des Versicherers eine rein kontraktliche ist, nur durch den Willen der Parteien erfolgen, durch die Erklärung: Meine Leistung soll die Obligation des Delinquenten vernichten, eine Verabredung, welche der Wirklichkeit so sehr widerspricht, dass sie schlechterdings nicht unterstellt werden kann.[92])

Dabei mag auf die Vorschriften des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 verwiesen werden. Dasselbe schlägt in die hier behandelte Materie insofern ein, als neben der durch einen Betriebsunfall ersatzpflichtig gewordenen Berufsgenossenschaft auch die Person, welche den Schaden verursacht hat, haftbar sein muss. Von Solidarität ist indessen dabei keine Rede. Ist der Unfall durch Betriebsunternehmer, Bevollmächtigte oder Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeitsaufseher vorsätzlich be-

[92]) Unrichtig Mages, Gesamtschuldverhältnisse S. 72 ff., insbes. S. 74.

gangen, so beschränkt sich der Anspruch des Verletzten oder seiner Hinterbliebenen gegen den Thäter auf den Betrag, der die gesetzliche Versicherungssumme übersteigt; ist die Verletzung nur fahrlässigerweise herbeigeführt worden, so hat der Verletzte gegen den Schuldigen überhaupt keinen Anspruch; dagegen kann die Berufsgenossenschaft oder Krankenkasse, welche von dem Verletzten in Anspruch genommen wurde, von dem Thäter, mag er nun vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben, Ersatz ihrer Aufwendungen fordern.[93]) Wo es sich also um einen Ersatzanspruch gegen den „Versicherer" und den Thäter handelt, ist der Anspruch gegen den Thäter, wenn er unter die genannten Personenkategorien fällt, nur auf ein plus gerichtet, nicht auf das solidum. Die Vorschriften über die civilrechtliche Haftung anderer Personen bleiben dagegen unberührt; infolgedessen hat der Verletzte an sich einen Ersatzanspruch gegen den vorsätzlich oder fahrlässig handelnden Thäter, wenn dieser nicht zu den Betriebsbeamten etc. gehörte. Allein auch hier vermeidet das Gesetz die Solidarhaftung, indem es von vornherein den Entschädigungsanspruch auf die Berufsgenossenschaft übergehen lässt, soweit sie selbst zur Entschädigung verpflichtet ist, so dass hier aktiv wie passiv eine Teilung des Entschädigungsanspruchs eintritt.[94]) Ebenso kann eine Solidarhaftung einer anderen Ver-

---

[93]) Unfallversicherungsgesetz §§ 95, 96.

[94]) eod. § 98. Das Reichsgericht (Seuff. Archiv 46 N. 50) ist allerdings der Meinung, dass der Verletzte sich trotz seiner gesetzlichen Unfallversicherung für den ganzen Schaden an den Dritten, civilrechtlich Haftenden, halten kann, so lange die Berufsgenossenschaft nicht geleistet hat. Die Begründung halte ich für unzutreffend. Wenn nämlich das R.G. davon ausgeht, dass andernfalls der Verletzte Gefahr liefe, seinen Anspruch gegen den Dritten zu verlieren, weil weder die Gerichte an die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, noch diese an die Entscheidungen jener gebunden seien und weil daher, wenn das Gericht die Entschädigungspflicht der Berufsgenossenschaft annehmen, die Versicherungsbehörde dieselbe verneinen würde, der Verletzte nur einen Teil seines Schadens wegen der Rechtskraft des Urteils erhielte, so kann m. E. diese Erwägung nur dem Verletzten nahelegen, sich zuerst an die Berufsgenossenschaft zu halten; anderseits ist diese Gefahr immer dann begründet, wenn verschiedene Behörden über einen Thatbestand zu urteilen haben, abgesehen davon, dass sich der Civilrichter nicht leicht mit dem Verwaltungsrichter in Widerspruch setzen wird. Überdies wird die Entscheidung des Civilrichters, dass der Verletzte Ansprüche gegen eine Berufsgenossenschaft hat, als blosser Präjudizialpunkt der Rechtskraft nicht fähig sein und man wird daher unbedenklich eine neue Klage gegen den Thäter auf Grund der rechtskräftig verweigerten Entschädigung seitens der Berufsgenossenschaft

sicherungsanstalt, bei welcher der Versicherungsnehmer vor dem Inkrafttreten des Unfallversicherungsgesetzes versichert war, neben der Berufsgenossenschaft nicht eintreten, da alle Rechte und Pflichten aus diesen älteren Versicherungsverträgen kraft Gesetzes auf die Berufsgenossenschaften übergegangen sind.[95])

Hierher gehört noch der Fall der Doppelversicherung. Einhellig wird hier blosse Solidarität angenommen, weil die Versicherer unter einander in keiner rechtlichen Verbindung stehen.[96]) Positive Vorschriften über die Gestaltung der Doppelversicherung enthält aber das gemeine Recht überhaupt nicht. Nur bei der Seeversicherung[97]) und partikularrechtlich bei einigen Arten der Binnenversicherung[98]) ist die Doppelversicherung, wie jede Versicherung, die den Wert des Versicherungsobjekts übersteigt, als nichtig erklärt worden.[99]) Der diesen Vorschriften zu Grunde liegende Gedanke kann offenbar nicht der sein, dass im Fall einer Doppelversicherung Solidarität unter den Versicherern einträte, sondern es geht der Gesetzgeber hier notwendig von der Voraussetzung aus, dass eine Kumulativhaftung eintreten würde, die, wenn sie zulässig wäre, zu einer bedenklichen Spekulation auf den Eintritt des Schadens führen würde. Indessen kann natürlich diese Ansicht des Gesetzgebers für das gemeine Recht nicht massgebend sein und wir haben daher zu untersuchen, inwiefern sich die angebliche Solidarhaftung der Versicherer rechtfertigen lässt.

Die Praxis hat Bedenken getragen, die für das Seeversicherungsrecht geltenden Grundsätze auf das Binnenversicherungsrecht zu übertragen, weil „nicht bestimmt erkennbar sei, ob der Gesetzgeber sich hierbei von allgemeinen, oder von besonderen, für das konkrete Versicherungsverhältnis ausschliesslich massgebenden Erwägungen habe leiten lassen“.[100]) Wir wollen die

---

zulassen können. Auch wenn die Berufsgenossenschaft ihre Entschädigungspflicht verneint hat, kann ja der Civilrichter anderer Meinung sein, da auch er an die Entscheidung der Versicherungsbehörde nicht gebunden ist.

[95]) Unfallvers. Ges. § 100.

[96]) Unger Iherings Jahrb. XXII S. 297; Fitting S. 253; Mages S. 75; Dernburg, Pandekten II S. 186. Nur Hasenöhrl, österr. Obligationenrecht I § 10 N. 5, 8, 71 nimmt Korrealität an.

[97]) H.G.B. Art. 791 ff.

[98]) Preuss. Feuerversicherungsgesetz § 2.

[99]) H.G.B. Art. 790, Pr. Allg. Landrecht Teil II Tit. 8 § 1983. H. G.B. v. 10. Mai 1897 § 788 ff.

[100]) R.G. VI S. 177.

Stichhaltigkeit dieser Argumentation nicht bemängeln. Wenn aber dann das Reichsgericht, von dem Gedanken ausgehend, den wir den für die Seeversicherung geltenden Grundsätzen entnehmen zu können glaubten, dass nämlich eine zweite Versicherung den Zweck und Erfolg zwiefacher Vergütung des nämlichen Schadens haben könnte, dass dagegen für einen Schaden sehr wohl mehrere Schuldner verantwortlich sein können, zur solidarischen Haftung zu gelangen glaubt, so scheint mir das ein vergebliches Bemühen. Die Versicherung hat den Schadenersatz nur ökonomisch, nicht juristisch zum Gegenstand;[101]) eine gesetzliche Vorschrift, welche Solidarität begründen würde, existiert nicht; ist daher die Doppelversicherung nicht als kumulative Versicherung zulässig, so ist nur folgender Ausweg möglich:

Mit der Doppelversicherung soll nicht das erreicht werden, was die Solidarobligation bezweckt, nämlich die grössere Sicherheit des Gläubigers. Diesem Zweck zuliebe wird der Gläubiger nicht für eine blosse Möglichkeit die doppelte Aufwendung an Versicherungsprämien, Beiträgen etc. machen, die schon bei der einfachen Versicherung nach der Wahrscheinlichkeit des Unfalls berechnet sind. Sondern er will — da auch die Zahlungsfähigkeit des Schuldners wenig oder gar nicht in die Wagschale fällt — möglicherweise einen Gewinn aus seinem Schaden ziehen. Gehen wir davon aus, dass diese Spekulation zulässig ist, so ist kein Grund, die Doppelversicherung abzulehnen; nimmt man an, dass sie unerlaubt sei, so kann man nur zur Nichtigkeit der zweiten Versicherung gelangen. Die Solidarität aber, die von den Parteien nicht bezweckt ist, ist völlig unannehmbar; denn sie würde die Zulässigkeit der Doppelversicherung voraussetzen und wäre mithin unter dieser Voraussetzung erst recht nicht begründet. Sie würde auch geradezu einer Bestrafung des Versicherten gleich kommen, der an die Gesellschaften die doppelten Prämien bezahlt und verliert, ohne das Äquivalent zu erhalten, da bei Annahme der Solidarität natürlich keine condictio indebiti in Bezug auf die an die eine Gesellschaft bezahlten Prämien zusteht. Jedenfalls beruht die Annahme, die Solidarität sei auf den Willen des Versicherten zurückzuführen, nur auf einer Fiktion.[102])

---

[101]) Juristisch ist ihr Gegenstand nichts weiter als die Gegenleistung für die einbezahlten Beiträge und Prämien.

[102]) Wie sich denn auch die Versicherungsgesellschaften durch ihre Bedingungen gegen die Doppelversicherung, die für sie als Stärkung der Konkurrenz benachteiligend in Betracht kommt, zu schützen pflegen. Der Ver-

Eine dritte Möglichkeit ist die Teilversicherung,[103]) die indessen nur bei ausdrücklicher Beschränkung der Versicherungssumme auf Teile und bei gemeinsamer Verpflichtung der mehreren Versicherer angenommen werden könnte. Denn wenn auch das Verbot der Versicherung über den Wert des Versicherungsobjekts zu einer Reduktion der Versicherungssumme führt, so kann doch bei der Doppelversicherung im allgemeinen deshalb keine Reduktion durch Teilung eintreten, weil nur im Gesamteffekt, nicht gegenüber der einzelnen Versicherungsgesellschaft, eine Überversicherung vorliegt. Dieser Gesichtspunkt würde vielmehr gleichfalls dazu führen, die zweite Versicherung als nichtig zu erklären.[104]) [105])

Wir haben damit die Kontroversen behandelt, welche die Keller-Ribbentropsche Theorie auf dem Gebiet des modernen Rechtes veranlasst hat. Wird man angesichts der Sachlage, die sich aus diesem letzten Paragraphen ergibt, noch die Überzeugung haben können, dass die Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität eine innerlich notwendige, unentbehrliche sei? Dass, wo sie der Gesetzgeber nicht anerkenne, sie durch die zwingende Macht des Rechtslebens wiederhergestellt werden müsse? Ich denke, die Fälle, in denen uns das römische Quellenrecht und die Paragraphen unserer neueren Kodifikationen im Stich liessen, haben hinreichenden Beweis dafür erbracht, dass von innerer Notwendigkeit keine Rede sein kann. Die Unterscheidung war da; sie wurde überall mit der grössten Entschiedenheit und Überzeugung gelehrt. Der Praxis blieb die harte Notwendigkeit, mit dieser Lehre, so gut und so schlecht es ging, sich abzufinden; zu polemisieren, dazu wird die Praxis nie in der Lage sein. Nicht das praktische Bedürfnis bereitete Ribbentrop seinen Siegeszug, sondern die anscheinend wohl fundierte Intention seiner Lehre, gegen welche die Praxis nicht aufkommen konnte. Überhaupt ist es ein Irrtum, dem praktischen Bedürfnis im Rechtsleben eine grosse Rolle zuzuweisen. Verträge zu gunsten

tragssolidarität steht natürlich nichts im Wege; nur muss dieser Wille zum entsprechenden Ausdruck kommen.

[103]) Seuff. Archiv XLI No. 217. Über gleichzeitige Doppelversicherung s. nunmehr H. G.B. v. 1897 § 787.

[104]) Gegen die Solidarität s. noch Ehrenberg, Versicherungsrecht I S. 371 ff., 373; Lewis, Versicherungsrecht S. 52 ff. Vgl. noch Becher, Landescivilrecht I S. 1108 Z. 4; Stammler S. 251 unten.

[105]) Über weitere Solidaritätsfälle vgl. noch Kuntze, die Obl. u. das ius extraord. S. 177 ff. und Mandry, civilr. Inhalt der Reichsgesetze S. 160 ff., 305, 347 ff., 424, 440 ff., 454 ff., 490.

dritter, Schuldübernahme, Anerkennung haben lange kämpfen müssen, ehe sie des gewichtigen Argumentes Herr wurden, dass sie nicht in den Digesten stehen. Das praktische Rechtsleben ist in der Regel der geduldige Knecht, weil die Waffen der Wissenschaft und der Praxis zu ungleich sind. —

Damit scheint uns aber zugleich der Nachweis geliefert, dass in unserem gemeinem Recht die Ribbentropsche Unterscheidung als nicht rezipiert zu erachten ist. So sehr sich Kompendien und Monographien mit ihr beschäftigen, so widerspruchslos sie bei uns gelehrt wird, so sehr sich die Praxis mit ihr abquält, so wenig gilt sie; denn es fehlt ihr an praktischen Kriterien, es herrscht keine Übereinstimmung darüber, was Korrealität ist und was Solidarität, welche Rechtssätze für sie gelten, welche Fälle der einen wie der anderen zuzurechnen sind. Wir behaupten deshalb, dass Ribbentrops Unterscheidung nicht gemeinrechtlich ist und überlassen es den Gegnern, nachzuweisen, dass sie als geltendes Recht zu erachten ist. Aber man wird diesen Beweis nicht durch abstrakte Argumentationen führen können, sondern durch den strikten Hinweis darauf, dass die Sätze über die Korrealität sich mit dem Wesen der Solidarität nicht vertragen und umgekehrt, aber nicht mit dem „Wesen" im Sinne einer praktisch belanglosen, aprioristischen Konstruktion, sondern mit dem praktischen Wesen des Instituts, den Zwecken, welchen es zu dienen bestimmt ist.

§ 34.

Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs.

In Übereinstimmung mit den modernen Kodifikationen und Entwürfen[1]) hat das deutsche bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 die Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen verworfen. Die Motive rechtfertigen diesen Standpunkt, den schon der erste Entwurf eingenommen hatte, damit, dass für den Gesetzgeber nur in Betracht kommen kann, welche praktische Gestaltung des Gesamtschuldverhältnisses von den Bedürfnissen des Verkehrs gefordert wird und ob diese die Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität erheischen. Diese Frage wird nach dem Zweck des Gesamtschuldverhältnisses

[1]) S. bayrischer Entwurf, hessischer, Dresdener Entwurf, Motive S. 155.



verneint.[2]) Dabei vermeidet der Entwurf bezw. das bürgerliche Gesetzbuch die Einheits- und Mehrheitsfrage prinzipiell, indem den einzelnen Rechtssätzen nur praktische Gesichtspunkte zu Grunde liegen.[3]) Indessen muss bemerkt werden, dass der Redaktor dieser Materie im I. Entwurf ein Anhänger der Mehrheitstheorie war und dass dies auf die Gestaltung der einzelnen Rechtssätze nicht ohne Einfluss war.[4])

Nach dem ersten Entwurf bildet den Inhalt eines Gesamtschuldverhältnisses eine mehreren oder von mehreren geschuldete, identische Leistung. „Ist beim Vorhandensein mehrerer Gläubiger jeder die ganze Leistung zu fordern berechtigt oder beim Vorhandensein mehrerer Schuldner jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, während die ganze Leistung nur einmal zu geschehen hat“, so liegt ein Gesamtschuldverhältnis vor.[5]) Der Paragraph ist gestrichen worden; mit Recht, weil er eine Tautologie enthält.[6]) Denn die Einmaligkeit der Leistung beruht auf ihrer Identität, darauf, dass mehrere die nämliche, ungeteilte Leistung schulden bezw. zu fordern haben. Die Wahl des Singularis „eine Leistung“, „die Leistung“, „die ganze Leistung“, die im Gesetzbuch immer wiederkehrt, würde vollkommen genügt haben, um die Einmaligkeit der Leistung zu bezeichnen. Indessen hat sich auch das Gesetzbuch von dieser Tautologie nicht frei gehalten.

In der Einmaligkeit der Leistung erblickte der I. Entwurf die Grundlage seines Gesamtschuldverhältnisses; alle anderen Sätze sind blosse Konsequenzen hieraus. Wie die einmalige Erfüllung alle Schuldner befreit, so auch die Hinterlegung und die Leistung an Erfüllungsstatt, sowie die durchgeführte Kompensation. Dagegen wirkt das Erfüllungsversprechen, die Klageerhebung, Verschuldung, Kündigung, Mahnung, der Verzug, das Urteil, die Konfusion, die Unmöglichkeit der Leistung und die Verjährung nicht auf die Mitberechtigten und Mitverpflichteten. Der Erlass hat nur dann Gesamtwirkung, wenn dies beabsichtigt war.[7]) Man sieht: Gesamtwirkung hat die Erfüllung und was ihr gleichsteht; es ist das Recht der römischen Soli-

---

[2]) Motive S. 156. [3]) Motive S. 156 Abs. II.

[4]) Vorlagebericht des Redaktors R. F. von Kübel. Berlin 1882 Abschn. I Tit. I/II S. 14 N. 1.

[5]) Entw. § 321 Abs. I.

[6]) Was allerdings nicht für die Streichung massgebend war.

[7]) §§ 323, 325—327, 329, 331—336.

darität, welches in das Gesamtschuldverhältnis des I. Entwurfs genommen ist.[8])

Diese Gestaltung der Sache fand eine sehr verschiedenartige Beurteilung; meist eine abfällige.[9]) Infolgedessen ist der Entwurf nicht unerheblich umgestaltet worden. Zwar kommt natürlich noch immer in erster Linie der Erfüllung und ihren Surrogaten die Gesamtwirkung zu; aber der II. Entwurf begnügte sich damit nicht; durch das Angebot der Leistung von seiten des einen Gesamtschuldners gerät der Gläubiger auch gegenüber dem anderen in Annahmeverzug,[10]) und während der erste Entwurf die Wirkungen einzelner Rechtsakte eingehend behandelte, stellt der zweite nur den Satz auf, dass andere Thatsachen als Erfüllung, Erlass und Verzug[11]) nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt.[12]) Dies sollte insbesondere von der subjektiven Unmöglichkeit der Leistung, der Kündigung, dem Verzug, dem Verschulden, der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, der Konfusion und dem rechtskräftigen Urteil gelten.[13]) Diese Regelung hat die Reichstagsvorlage beibehalten[14]) und sie bildet auch die Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs.[15])

Damit hat sich der Gesetzgeber auf einen wesentlich anderen Standpunkt gestellt als die Redaktoren des ersten Entwurfs. Während es sich für diese ganz offensichtlich darum handelte, zu den zahlreichen, über die Wirkungen der Korrealität und Solidarität bestehenden Wirkungen des gemeinen Rechts Stellung zu nehmen und zu verhindern, dass die Theorie das Schweigen des Gesetzes benutze, um in das Gesamtschuldverhältnis mit verschiedenen Wirkungen verschiedene Arten von Solidarität hineinzutragen, hat das Gesetz, technisch korrekter, seine negativen Vorschriften fallen lassen. Aber es schweigt nicht vollkommen über die Wirkungen der einzelnen Rechtsakte auf das Gesamtschuldverhältnis, sondern macht diese Wirkungen von dem „Schuldver-

---

[8]) Hartmann, Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 73 S. 398.

[9]) Anerkennend nur L. Seuffert in Bekker und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entw. XI S. 50—55. Dagegen vgl. Gierke eod. XVIII S. 82, derselbe, der Entwurf und das deutsche Recht 1889 S. 210 ff.; Reatz, Gutachten aus dem Anwaltstand S. 1095 ff.; Hartmann a. a. O. S. 392 ff.

[10]) II. Lesung § 367.

[11]) §§ 365—367. [12]) § 368. [13]) § 368 Abs. II.

[14]) § 423 Abs. I, § 419. [15]) §§ 424, 425.

hältnis“ abhängig, aus dem sie sich im einzelnen Fall ergeben sollen.

Damit ist der Auslegung freier Raum gelassen, aber damit zugleich auch den Kontroversen und der Ribbentropschen Theorie Thür und Thor geöffnet.

Wir haben schon oben[16]) auf eine ähnliche Vorschrift des schweizerischen Obligationenrechts hingewiesen, nach welcher die einzelnen Rechtsakte je nach der „Natur der Verbindlichkeit“ verschiedene Wirkungen äussern sollen. Wenn wir dort glaubten, trotz dieser Vorschrift die Annahme einer doppelten Solidarität zurückweisen zu müssen, so können wir uns der Aufgabe nicht entziehen, die Vorschrift unseres b. Gb. näher zu prüfen und ihre Tragweite zu beleuchten, und zwar um so mehr, als sich heute bereits Stimmen erheben, welche auf Grund des § 425 die Ribbentropsche Unterscheidung für unser geltendes Recht proklamieren.[17])

Diese Meinung hätte einen Schein von Berechtigung für das Schweizer Recht, weil dieses gerade auf die Natur der Verbindlichkeit verweist, mithin anscheinend eine verschiedene Natur der Solidarobligationen voraussetzt. Aber wie es dort möglich ist, dass das Gesetz nur eine Frage, die es nicht entscheiden wollte, offen gelassen hat, so ist diese Möglichkeit auch in unserem Bürgerlichen Gesetzbuch gegeben; ja diese Annahme liegt für uns noch viel näher, weil das b. Gb. nicht auf die „Natur der Verbindlichkeit“, sondern auf das „Schuldverhältnis“ selbst verweist, mithin ganz zweifellos keine Klassen von Gesamtschuldverhältnissen, sondern das einzelne konkrete Gesamtschuldverhältnis mit seinem konkreten Gläubiger und Schuldner vor Augen hat.

Mit dieser Ansicht stimmen die Kommissionsprotokolle überein, welche den § 425 dahin auslegen, dass die in dem Gesamtschuldverhältnis vereinigten Einzelverpflichtungen von einander grundsätzlich selbständig und unabhängig sind, dass dieses Prinzip aber insofern einer Einschränkung bedarf, als es möglicherweise nach dem Inhalt des konkreten Gesamtschuldverhältnisses, insbesondere nach dem bei der Begründung desselben angestrebten Zwecke gerechtfertigt erscheint, auch die Wirkung anderer Thatsachen

---

[16]) § 31 S. 536.

[17]) Schott, über Cession von Korrealobligationen, Breslauer Inauguraldissertation 1897 S. 73 ff.

auf alle Gesamtschuldner zu erstrecken.[18]) Nichts anderes sollte der Zusatz „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt“ besagen. Deutlicher wäre ja wohl die Fassung gewesen „soweit sich nicht aus dem Rechtsgeschäft, auf welchem das Gesamtschuldverhältnis beruht, ein anderes ergibt“; aber man wählte die andere Fassung, weil nicht bloss das die Gesamtschuld begründende Rechtsgeschäft, sondern auch die Modifikationen durch spätere Vereinbarungen berücksichtigt werden sollten.[19]) Durch die Vorschrift des § 425 soll daher der Richter in die Lage versetzt werden, die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, z. B. den einen Gesamtschuldner für die culpa des anderen verantwortlich zu machen, sofern eine solche Ausdehnung der Haftung als natürliche Konsequenz des mit der Begründung des Gesamtschuldverhältnisses angestrebten Zieles erscheinen sollte.

Es ist hiernach unzweifelhaft, dass die Änderung, welche die zweite Kommission an der Gesamtobligation vornahm, mit der Ribbentropschen oder einer ähnlichen Unterscheidung nicht das mindeste zu thun hat.[20]) Wir haben zwar im vorstehenden nur die Meinung der Redaktoren wiedergegeben; wenn diese auch für uns nicht verbindlich sein kann, so ist sie doch, nachdem der § 425 in der Fassung der Kommissionsvorlage Gesetz geworden ist, ein schätzbares Auslegungsmittel, und zwar um so schätzbarer, als der Wortlaut des § 425 schon von vornherein auf diesen Inhalt hinweist, so dass die Protokolle für uns nicht eine Richtschnur, sondern nur eine Bestätigung unserer Ansicht enthalten.

Allerdings ist es sehr fraglich, ob diese Änderung eine Verbesserung ist. Wir haben im ersten Teil dieses Buches das römische Quellenrecht darzustellen versucht — das Ergebnis war eine Reihe von Rechtssätzen, die sich in überraschender Weise mit den Sätzen des I. Entwurfes deckten; darin liegt ein Argument für die praktische Brauchbarkeit, für die Naturgemässheit derselben. Anderseits hat die Änderung die Vorsicht zur Mutter gehabt; aber eine im einzelnen wenig durchdachte Vorsicht. Uns drängt sich die Frage auf, ob man wirklich annehmen kann, dass die erkennbare Parteiabsicht mit den im ersten Ent-

---

[18]) Kommissions-Protokolle S. 879—885.

[19]) Vgl. Reatz, die II. Lesung des Entw. unter Gegenüberstellung der I. Lesung, S. 193 N. 3.

[20]) Wennschon diese Neuerung auf die kritischen Bemerkungen Hartmanns a. a. O. und Anderer zurückzuführen sein wird.

wurf vorgeschlagenen Sätzen in Widerspruch treten würde, und dieselbe scheint uns nicht eben mit Grund bejaht werden zu können. In Bezug auf die Wirkung des Erlasses nahm schon der erste Entwurf Rücksicht auf den Parteiwillen; einer ausdrücklichen Vereinbarung der gegenseitigen Culpahaftung würde auch wohl nach dem I. Entwurf nichts entgegengestanden sein; nach der jetzigen Vorschrift ist zu befürchten, dass die blosse Wahl des Ausdrucks „Alle für Einen, Einer für Alle“ oder „korreal“ statt „solidarisch“ genügen wird, um den Richter die gegenseitige Culpahaftung annehmen zu lassen. Auch ist nicht verständlich, wie sich der Verzug überhaupt auf den Mitschuldner vermöge der besonderen einzelnen Umstände soll erstrecken können und ebensowenig ist dies bei der Verjährung und ihrem Ruhen begreiflich.

Doch ist der § 425 nicht ohne jede praktische Bedeutung. Eine andere Frage ist es schon, ob die Kündigung der Gesamtschuld oder die Unterbrechung der Verjährung in ihrer Wirkung auf den einen Gesamtschuldner, gegen den sie erfolgte, zu beschränken ist. Man braucht nur an die offene Handelsgesellschaft zu denken, welche im Zweifel durch jeden ihrer Gesellschafter vertreten wird, um zu erkennen, dass der Vorbehalt des § 425 nicht wertlos ist. Vom Gesichtspunkt der Vertretung aus ist es denkbar, dass die gegen den einen Gesellschafter erklärte Kündigung gegen die Gesellschaft überhaupt erfolgen kann und soll und dass der Gläubiger, der seine Forderung gegen den einen Schuldner geltend macht, damit zugleich die Gesellschaft heranziehen will; zu solcher Vertretung ist der einzelne Schuldner als Handelsgesellschafter legitimiert. Aber wie sollen solche Gesichtspunkte für die praescriptio dormiens oder den Verzug zutreffen? Ist doch der Verzug ein Zustand, in dem sich der einzelne Schuldner befindet; hat er die Leistung nicht unterlassen, so kann er sich nicht im Verzug befinden.

Auch in Bezug auf die Konfusion ist die Einschränkung des § 425 nicht ganz gegenstandslos, sofern hier die Unterscheidung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen von Bedeutung sein kann. Wenn die Leistung aus einer causa lucrativa zum Gegenstand einer Solidarschuld gemacht worden ist und sich die Sache gerade im Vermögen des Promittenten befand, welcher nunmehr den Gläubiger beerbt, so würden auch die Mitschuldner befreit sein, und zwar notwendigerweise, weil der identische Zweck der einzelnen Obligationen, dem Gläubiger durch den

Eigentumserwerb dieser bestimmten Sache eine reine Bereicherung zu verschaffen, erfüllt ist.[21])

Diese Fälle zeigen, dass der § 425 nicht unerheblich ist; gegen die Hereinziehung der Korrealität in das b. Gb. genügt es, darauf hinzuweisen, dass die Bemerkungen der Kommission für die II. Lesung keineswegs auf dem Gedanken beruhen, dass die Solidarität die Schablone, die Korrealilät die Besonderheit des einzelnen Falles bilde.[22]) Die fraglichen Besonderheiten beruhen gar nicht auf der rechtlichen Natur des Gesamtschuldverhältnisses im Gegensatz zu einem anderen Gesamtschuldverhältnis, auf der Solidarität im Schuldverhältnis, sondern in den sonstigen Umständen des einzelnen Falles, die schon für den Römer nicht unerheblich waren, wie die Rolle beweist, welche socii, argentarii, venaliciarii u. s. w. bei der Korrealobligation spielen. M. a. W. der § 425 gibt eine Interpretationsregel, nicht für den einzelnen Rechtsakt, den die Gesamtschuldner vornehmen, sondern für das Begründungsgeschäft und seine späteren Modifikationen, aber nicht gegenüber dem Gläubiger, sondern für die Schuldner untereinander.

Wir betrachten den § 425 noch in Hinblick auf die Wirkungen des rechtskräftigen Urteils und der Rechtshängigkeit. Dass im römischen Recht die gemeinrechtlich behauptete Rechtskraftwirkung nicht begründet ist, haben wir schon oben gezeigt.[23]) Wenn der § 425 die Möglichkeit vorsieht, dass nach dem konkreten Schuldverhältnis das Urteil für und gegen alle Gesamtschuldner wirkt, so ist damit entschieden noch keine positive Änderung des bisherigen Rechts durchgeführt. Mit der Anerkennung der blossen Möglichkeit eines Falles ist der Fall selbst nicht geschaffen. Es fragt sich daher eins: Ist es überhaupt denkbar, dass infolge des § 425 eine verschiedene Rechtskraftwirkung eintritt?

Die Antwort ergibt sich aus zwei Faktoren: aus der Bedeutung der Rechtskraft überhaupt und aus der Struktur des einzelnen Gesamtschuldverhältnisses.

Bezüglich des ersteren haben wir bereits festgestellt, dass die materielle Rechtskraft niemals eine Thatsache, sondern stets nur einen A n s p r u c h, und zwar nur den e r h o b e n e n Anspruch

---

[21]) Hartmann Zeitschr. f. schweizerisches Recht N. F. VI S. 140 f.

[22]) Wie Schott S. 79 annimmt.

[23]) Oben S. 251 ff., 425.

zum Gegenstand haben kann.[24]). Dies führt zur Beschränkung der Rechtskraft auf die Parteien. Eine Ausnahme davon kann nur vermittelt werden durch eine Schlussfolgerung, nämlich aus dem festgestellten Anspruch auf Rechte dritter Personen, und insofern kann die res iudicata nicht nur die Konsumption eines Anspruchs (gegenüber den Parteien), sondern auch die Feststellung einer Thatsache bedeuten.

Die Frage, welche wir hier zu beantworten haben, ist also die, ob jenes zweite Moment hier zutrifft; und die Antwort lautet: es kann gar nie zutreffen; denn was als unbestreitbare Thatsache gegenüber dem Dritten — Mitschuldner festgestellt werden kann, das ist eben nicht mehr und nicht weniger als der Anspruch gegen den Beklagten, oder die Abweisung desselben. Daraus lässt sich kein Schluss, weder für noch gegen den Mitschuldner ziehen. Das Wesen der res iudicata ist mit der behaupteten Rechtskraftwirkung ebenso unverträglich, wie die Natur des fraglichen Verhältnisses als Obligation.

Dagegen kann man sich nicht auf den § 425, nicht auf die Autoritäten eines Ihering und Hartmann[25]) berufen, sondern es ist unbedingt erforderlich, nachzuweisen, dass die behauptete Gesamtwirkung des Urteils unabweislich gefordert werde. Und dieser Nachweis ist noch keinem gelungen.

Schott versucht ihn allerdings vom Standpunkt der aequitas aus, indem ihm die Gewährung der exceptio rei iudicatae als Gegengewicht gegen den § 427 erscheint.

> „Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner.“

Weil dieser Paragraph eine ganz entschiedene Bevorzugung der Gläubiger enthält, erscheint es Schott nur als gerecht, dass das Gesetz auch eine gemeinsame Befreiung eintreten lasse, wenn der Gläubiger mit seiner Klage aus dem gemeinsamen Vertrag abgewiesen werde.[26])

---

[24]) Vgl. C.P.O. § 293.

[25]) Archiv f. civ. Pr. 73 S. 398. Es beschränkt seine Bemerkungen gegen den ersten Entwurf darauf, dass dann, wenn der Gesetzgeber die Erwägung der Anforderungen der aequitas gegenüber dem ius strictum für entbehrlich hält, die Praxis über den § 327 (der ersten Lesung) als die sichere Quelle von unnützigen und treuwidrigen Prozessen so leicht nicht hinauskommen werde. Wir halten die Bemerkung gegenüber den Motiven für richtig, in Bezug auf die Sache selbst aber für belanglos.

[26]) S. 85.

Der Gedanke, der sich hinter dieser etwas merkwürdigen Argumentation verbirgt, ist offenbar, dass das B. Gb. mit seinem § 427 Verpflichtungen, die ohne diese Vorschrift Teilverpflichtungen und damit von einander unabhängig wären, zu einer Gesamtverpflichtung zusammenfasst, und dass als Folge dieser Zusammenfassung die behauptete Rechtskraftwirkung resultiert. Wenn dieser Schluss nur einen Schein von Berechtigung hätte! Nicht die Einheitstheorie, deren eifriger Verfechter für das neue Recht Schott ist, führt zu dieser Argumentation, sondern eine unklare Vorstellung von der Gesamtschuld des deutschen Rechtes, bei welcher die mehreren Schuldner in ihrer Verbundenheit den eigentlichen Schuldner darstellen.[27]) Nur aus dieser Vorstellung heraus wäre die angenommene Rechtskraftwirkung zu rechtfertigen, weil nur bei ihr der Gedanke möglich ist, dass in der Person des Beklagten alle seine Mitschuldner mitbeklagt sind. Vom Standpunkt der aequitas aber, oder dem Hartmannschen Gesichtspunkt der Unnützigkeit und Treuwidrigkeit eines zweiten Prozesses[28]) könnte man nur dann zur Gesamtrechtskraft gelangen, wenn eine zweite Klage aus inneren Gründen treuwidrig und unnütz wäre; dass dies nicht der Fall ist, ergibt sich daraus, dass das Recht oder die Pflicht des einen mit dem des anderen in keinem bedingten oder bedingenden Zusammenhang steht.[29])

Nur in einer Richtung wäre eine Modifikation des hier Gesagten möglich. Entgegen dem römischen Recht erkennt das B. Gb. wie die gemeinrechtliche Praxis und alle neueren Kodifikationen dem leistenden Gesamtschuldner den Rückgriff gegen seine Mitschuldner zu.[30]) Vorausgesetzt wird dabei natürlich, dass der Beklagte als Gesamtschuldner geleistet hat. Von seiner Eigenschaft als Gesamtschuldner strahlen radial nach verschiedener Richtung seine Leistungspflicht und seine Regressberechtigung aus. Sollen seiner Klage die Mitschuldner einwenden dürfen, dass er nicht Gesamtschuldner, also nicht regressberechtigt sei? Könnten sie es, so würde darin eine Verweisung auf die condictio indebiti liegen, der die exceptio rei iudicatae entgegenstünde. Anderseits besteht kein Grund, eine Kontroverse über die Zugehörigkeit dessen, der als Gesamtschuldner erfüllt hat, zu den Ge-

[27]) Vgl. Heusler, Institutionen des d. Privatrechts II S. 258 ff.; Gierke, in den Beiträgen XVIII S. 81 u. Der Entwurf u. das d. Recht S. 211.

[28]) Hartmann a. a. O. S. 398.

[29]) Gierke a. a. O. S. 211, vgl. § 322 Abs. II der I. Lesung.

[30]) Gb. § 426.

samtschuldnern zuzulassen; hat er als Gesamtschuldner geleistet, so hat er die Mitschuldner befreit. Wie sich demgemäss die letzteren gegen eine Klage ihres früheren Gläubigers auf die erfolgte Zahlung berufen können, so muss sich anderseits auch der Leistende selbst gegen sie auf seine Zahlung berufen können und der Einwand, dass er nicht Gesamtschuldner sei, kann daher nicht gehört werden. Für diese Argumentation bildet der § 425 die rechte Grundlage; nur liegt hier nicht etwa eine replicatio rei iudicatae im technischen Sinn vor, eine dem Kläger gegebene exceptio rei iudicatae, sondern vielmehr ein Behelf, der im Thatsächlichen seinen Grund hat; es ist die Schlussfolgerung, dem Gläubiger gegenüber bin ich als Gesamtschuldner unterlegen; folglich muss ich gegenüber den Mitschuldnern als Gesamtschuldner siegen. —

Ob die Einrede der Rechtshängigkeit die Identität der Parteien im strengsten Sinn voraussetzt, ist bestritten.[31]) Hierauf kann natürlich hier nicht eingegangen werden: es mag die Bemerkung genügen, dass der Wortlaut des § 235 Z. 1 der C.P.O. die Bejahung dieser Frage fordert.[32]) Es mag die doppelte Prozessführung deshalb kostspielig oder unbequem sein,[33]) so ist dies ein Nachteil, der eben vom Schuldner getragen werden muss. Daraus, dass der § 425 B. Gb. die Einrede der Rechtshängigkeit nicht erwähnt, ist zwar nicht zu schliessen, dass sie das B. Gb. dem Gesamtschuldner versagen wollte; aber der Umfang der Einrede bestimmt sich eben nach der C.P.O.

Fragen wir aber, ob sonstige Gründe die Annahme einer solchen „Gesamtrechtshängigkeit" rechtfertigen, so würde ein Schluss von der Einrede der Rechtskraft jedenfalls nur gegen dieselbe sprechen können, wenn er überhaupt zulässig wäre. Aber letzteres ist mindestens zweifelhaft, da sich auch sonst Rechtskraft und Rechtshängigkeit nicht immer decken.

Indessen muss man jedenfalls anerkennen, dass hier die Voraussetzungen für eine verschiedene Behandlung der aktiven und der passiven Solidarität gegeben wären. Zweck jeder Obli-

---

[31]) Dafür Planck, Civilprozess I S. 274 zu N. 20; Seuffert, Kommentar zu § 235, Bem. 3 I Abs. II N. 2.

[32]) Irrtümlich nimmt Schott S. 86 N. 169 an, dass Seuffert in den Beiträgen XI S. 52 die Einrede der Rechtshängigkeit der der Rechtskraft durchaus gleichstelle. Dies ist nur insofern richtig, als Seuffert den Gesamtschuldnern beide Einreden versagt.

[33]) Seuffert a. a. O. S. 52.

gation ist ihre Erfüllung; zu diesem Zweck verhält sich eine Mehrheit von Gläubigern anders als eine Mehrheit von Schuldnern. Die mögliche Kollision der Interessen der einzelnen Gläubiger muss das Recht, wenn es überhaupt eine aktive Gesamtobligation zulassen will, geradezu ignorieren; es muss voraussetzen, dass die Gläubiger einen harmonischen Zweck verfolgen. Die grössere Sicherheit ist bei der aktiven Solidarität deshalb kein massgebendes Moment, weil mehrere Gläubiger nicht mehr von einem Schuldner holen können, als ein Gläubiger allein. Die Zulässigkeit mehrerer Prozesse bedeutet für den Schuldner eine Multiplikation der Gerichtskosten und gibt trotzdem nur dem Gläubiger, der den anderen zuvorkommt, die ganze Schuldsumme in die Hand: die Prävention, Okkupation oder Konzentration ist von der Klagerhebung nur weiter vorwärts, auf den Zeitpunkt der Exekution verlegt. Denn nach dem B. Gb. kann der Schuldner auch noch nach der Klagerhebung seitens eines Gläubigers an den anderen leisten,[34]) womit das Gesetzbuch in einer wenig zu billigenden Weise den Boden des römischen Rechts verlassen hat. Die elektive Berechtigung im römischen Recht hatte kein Bedenken gegen sich, wie dadurch am besten bewiesen wird, dass sie allen Stürmen der Zeit bis heute getrotzt hat, und es ist eine gänzlich müssige und unbehilfliche Bemerkung, dass der Zweck der aktiven Solidarobligation, die Sicherung und Erleichterung der Rechtsverfolgung, allen Gläubigern zu gut kommen soll.[35]) Hier hätte die Gewährung der Einrede der Rechtshängigkeit den Sinn, den Schuldner vor einer Last zu bewahren, die in keiner Beziehung zu rechtfertigen ist. Freilich würde dies thatsächlich zur Aufhebung des § 428 B. Gb. führen.

Ich muss hier Seuffert widersprechen, der ausführt,[36]) es gehe nicht an, wenn dem Urteil keine Gesamtwirkung für und gegen die sämtlichen Gläubiger zukomme, dem Schuldner aus dem Prozess mit dem einen Gläubiger die exceptio litis pendentis gegen den anderen zu gewähren. Denn so sehr Rechtskraft und Rechtshängigkeit geschichtlich zusammenhängen, so wenig haben sie im Endergebnis mit einander zu thun. Weit mehr, als die Einrede der Rechtskraft, kann die der Rechtshängigkeit von praktischen Momenten bestimmt werden, weil sie eine blosse Prozesseinrede, dilatorisch ist und mithin in das Recht des Einzelnen viel weniger eingreift als die peremtorische exceptio

[34]) B. Gb. § 428.
[35]) Motive zu § 323 des I. Entwurfs. [36]) a. a. O. S. 52.

rei iudicatae. Das tritt gerade hier besonders klar zu Tage. Die exceptio rei iudicatae ist undenkbar, weil sie hier keine brauchbare Funktion erfüllen kann, es müsste denn die der Prävention sein, die dem B. Gb. nicht entspricht und die auf den Zeitpunkt des Urteils zu verlegen keinen Sinn hat. Dagegen kann die Einrede der Rechtshängigkeit eine Wohlthat für den Schuldner bedeuten, ohne dass diese durch Nachteile für die Gläubiger aufgewogen würde. [37])

Anders liegt die Sache bei der Schuldnermehrheit. Hier kommt nicht nur die Bequemlichkeit, sondern auch die Sicherheit des Gläubigers in Frage: was der eine Schuldner nicht leisten kann, ist vielleicht beim anderen zu holen. Die Sicherung aber verlangt rasche Verfolgung und dieser Gesichtspunkt rechtfertigt es, dass jeder Schuldner auf das Ganze belangt werden kann, ohne dass die Gefahr der Kostenmehrung in Betracht zu ziehen wäre. Hiernach wäre dem Schuldner gegen den Gesamtgläubiger die Einrede der Rechtshängigkeit zu gewähren, sie dagegen dem einen Gesamtschuldner aus dem Prozess des Gläubigers mit dem anderen zu versagen. Freilich sind diese Ausführungen blosse Postulate, deren Berücksichtigung durch den Wortlaut der Civilprozessordnung leider ausgeschlossen ist. [38])

Wenn wir deshalb im Grunde genommen den Ausführungen Schotts [39]) für den Fall der Gläubigermehrheit zustimmen können, so ist nicht das Gleiche bei der Schuldnermehrheit der Fall. Schott verweist auf die Widerspruchsklage des § 686 C.P.O. [40]) Aus den verschiedenen Urteilen entstehen verschiedene selbständige Vollstreckungstitel. Leistet der eine Schuldner, so wird der andere befreit. Möglicherweise aber hat sich der eine Schuldner deshalb verurteilen lassen, weil er von der bereits erfolgten Zahlung von seiten seines Mitschuldners keine Kenntnis hatte.

---

[37]) Es mag dabei darauf hingewiesen werden, dass die positive Funktion, die der erste Entwurf allein kannte, mit der Solidarität schlechthin unverträglich ist. Die Einrede der Rechtshängigkeit berührt dagegen die materielle Seite des Prozesses überhaupt nicht.

[38]) § 235 (künftig 263) Z. 1 der C.P.O. liesse an sich eine erweiternde Auslegung der „Streitsache“ zu; da er aber voraussetzt, dass „eine der Parteien“ die Streitsache nochmals anhängig macht, ist die Einrede der Rechtshängigkeit bei der Gläubigermehrheit unbedingt ausgeschlossen, während die Unbestimmtheit des „Gegners“ in § 235 ihre Gewährung bei der Schuldnermehrheit ermöglichen würde. Indessen liegt eine verschiedene Behandlung beider Fälle jedenfalls nicht in der Intention der C.P.O.

[39]) S. 87, 89, 91. [40]) Nunmehr § 767.

Seine Widerspruchsklage ist nach § 686 ausgeschlossen; denn da diese voraussetzt, dass der Grund der Einwendung erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung **entstanden** ist, genügt es nicht, dass er dem Schuldner erst nach diesem Zeitpunkt **bekannt** wurde. Infolgedessen unterliegen die Gesamtschuldner einer gewissen Gefahr der Doppelvollstreckung. Indessen ist diese Gefahr doch nicht so gross, als es den Anschein hat. Zwar würde der condictio indebiti die exceptio rei iudicatae entgegenstehen; und diese Kalamität würde ihre Wirkung auf den Kreis der sämtlichen Mitschuldner erstrecken, da diese wegen der doppelten Zahlung einem doppelten Regress unterliegen würden. Aber diese Erwägungen treffen im Fall der Gläubigermehrheit überhaupt nicht zu, da der Schuldner genau weiss, an welchen Gläubiger er geleistet hat und er mithin die Verurteilung abwenden kann, bezw., wenn er seinen Anwalt zu spät benachrichtigt hat, immer noch die Möglichkeit bleibt, ein Rechtsmittel einzulegen. Und was die Schuldnermehrheit betrifft, so genügt die Bemerkung, dass es nicht Sache des Gesetzgebers ist, die entferntesten Möglichkeiten zu berücksichtigen, und dass auch bei der einfachen Obligation solche Härten mitunter denkbar sind. Für den Schuldner leistet der Prokurist desselben; nach der Leistung wird der Schuldner verurteilt; liegt hier die Sache anders als bei der Solidarobligation? Und was ergibt sich daraus für das geltende Recht? Ich denke, nichts. Für jeden Fall aber sind die Gründe Schotts, wenn sie überhaupt durchschlagen, allgemeiner Natur, die auf jedes Gesamtschuldverhältnis Anwendung finden müssen.[41]) —

Auch die gemeinrechtlich noch vielfach behauptete Haftung des Gesamtschuldners für das Verschulden seines Mitschuldners hatte der erste Entwurf abgelehnt, während das Gesetzbuch diese Frage nach dem konkreten Schuldverhältnis behandelt wissen will.[42]) Die Frage, welche **uns** hier zu beschäftigen hat, ist: Kann der § 425 für diese Frage überhaupt massgebend sein? Die gegenseitige Culpahaftung, eine der Stützen der Ribben-

[41]) Darin freilich ist wieder Schott zuzustimmen, dass das Regressrecht der Gläubiger untereinander nach § 430 B. Gb. die Begründung, mit welcher die Motive das römische Präventionsprinzip ablehnen, vollends über den Haufen wirft. Mit einander haben die Gläubiger den Vertrag geschlossen; wenn sie später wieder uneins werden, so können sie das im Weg des Regresses ausgleichen; der Schuldner darf nicht darunter leiden (Schott S. 91). Auch nimmt der Regress der Prävention jede bedenkliche Seite.

[42]) § 425 Abs. I und II.

tropschen Korrealitätslehre, ist im römischen Recht nicht nachweisbar; sie ist auch im modernen Recht nicht anzunehmen, weil sie gegen die allgemeinen Grundsätze über die Schadenersatzpflicht grundlos verstösst. Wenn dennoch Hartmann[43]) die Erwartung aussprach, es werde sich eine vernünftige Praxis über den § 325 des I. Entwurfs hinwegsetzen, um der Haftung „Eines für Alle und Alle für Einen" willen, so heisst das, um eines Wortes willen das Recht ändern. Was diese Worte sagen wollen und können, ist nichts weiter, als dass jeder in solidum haften wolle; dass das Verschulden des Einen den Anderen zugerechnet werden solle, kommt den Parteien gewiss nicht in den Sinn. Und gegen Hartmanns Berufung auf das Zweckmoment,[44]) das auch uns eine grössere Rolle spielen zu sollen scheint, als es zur Zeit gefunden hat, mag darauf verwiesen werden, dass uns nicht Erwägungen formaler Logik zum Gegner der Culpahaftung machen, sondern ein reines Zweckmoment, das Interesse des schuldfreien Schuldners.

Uns scheint denn auch der § 425 für die Frage der gegenseitigen Culpahaftung ganz belanglos zu sein. Was in der ersten Lesung ausgesprochen war, dass nämlich das Verschulden des einen Schuldners für den anderen Zufall sei, das trifft noch jetzt für das B. Gb. zu, und der § 425 lässt zwar einer anderen Meinung für den Einzelfall Raum, steht aber unserer Ansicht auch nicht entgegen.

Wenn es uns nach diesen Betrachtungen auch nicht wahrscheinlich dünkt, dass der § 425 je eine grosse praktische Rolle spielen werde, so können wir doch die Bemerkung nicht unterdrücken, dass die Schaffung dieser Vorschrift keine Verbesserung bildet. Auch die Vorschriften des ersten Entwurfs waren nicht als zwingende gedacht; der abändernde Faktor aber, der Parteiwille, war bestimmt und unverkennbar. Das ist jetzt nicht mehr der Fall. Dem Richter wird für die Beurteilung der einzelnen Rechtswirkungen ein Massstab in die Hand gegeben, der so dunkel ist, so allgemein und verschwommen, dass er einer äusserst vorsichtigen Anwendung bedarf. Ich bezweifle auch, dass man sich bei Schaffung des § 425 allzuviel gedacht hat. Man hat, wie öfter, allgemein gesprochen, weil man sich die Konsequenzen bestimmter Normen zu tragen scheute. Und insofern enthält der § 425, obwohl die Kommissionsprotokolle es verleugnen ein Zugeständnis an die Ribbentropsche Lehre.

---

[43]) Archiv 77 S. 395. [44]) eod. S. 396.

Aber das führt noch nicht zur Annahme der Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität im bürgerlichen Gesetzbuch. Der Gesetzgeber trug Bedenken, dieselbe allzu kategorisch zu verwerfen; er wollte etwas diplomatisch verfahren. Aber um deshalb zur Korrealität zu gelangen, müsste der Nachweis geführt sein, dass das bürgerliche Gesetzbuch zwei Arten von Gesamtschuldverhältnissen kennt, deren Wirkungen verschiedene sind, verschiedene sein müssen.[45])

Aber diese Frage ist von vornherein zu verneinen. Den Begriff seiner Solidarität gibt das B. Gb. in den §§ 421 und 428. Identität der Leistung bildet das Wesen des aktiven und passiven Gesamtschuldverhältnisses; m. a. W. es steht das Gesetzbuch auf dem Solidaritätsbegriff, den wir für das römische Recht entwickelt haben.[46])

Aus diesen beiden Paragraphen ergibt sich aber noch ein anderes: unser bürgerliches Recht kennt keinen anderen Solidaritätsbegriff. Identität der Leistung bei Mehrheit der Subjekte ist das Wesen jedes Gesamtschuldverhältnisses, welches weder zur Verschiedenheit der selbständigen Leistungen abgeschwächt, noch zur Einheit der Obligation trotz der Mehrheit der Subjekte gesteigert ist. Dieser Solidaritätsbegriff soll Anwendung finden in allen Fällen, in welchen das bürgerliche Recht von Gesamtschuldverhältnissen spricht, mögen dieselben auf Vertrag[47]) oder auf Gesetz beruhen.[48]) Insbesondere gilt auch der § 425 für die Vertragssolidarität; also gilt gerade für den Hauptfall der Korrealobligationen der Satz, dass andere juristische Thatsachen, als Erfüllung und Erfüllungsersatz auch bei der Korrealität Schotts im Zweifel nur auf die Obligation des Schuldners wirken, in dessen Person sie eingetreten sind. Das ergibt sich mit zwingender Notwendigkeit daraus, dass der VI. Abschnitt des II. Buchs sich überhaupt nur mit der Vertragssolidarität befasst und die Anwendung der für diese geltenden

---

[45]) Schott S. 77 behauptet zwar gegen Cosack § 120, dass § 425 die Unterscheidung zwischen Korrealität und Solidarität eingeführt habe, aber ohne den Versuch eines Beweises, und obwohl er S. 79 zugibt, dass das Gb. Korrealität und Solidarität nicht getrennt behandle.

[46]) Vgl. auch Motive zu § 321 (Bd. II S. 154). [47]) § 427.

[48]) §§ 42 S. 2; 53 (Vorstand und Liquidatoren eines rechtsfähigen Vereins); § 769 (Mitbürgen); §§ 830, 840 (unerlaubte Handlungen); § 1108 (Reallastverpflichtete); § 1388 (Haftung des Ehemanns neben der Frau für gemeinsame Schulden § 1385 ff.); §§ 1833, 1915 (Vormund, Gegenvormund, Pfleger); § 2058 (Nachlassschulden).

Sätze auf die gesetzliche Solidarität als selbstverständlich betrachtet. Dies folgt aus der Bezeichnung der gesetzlichen Solidarschuldner und Gläubiger als Gesamtschuldner und Gesamtgläubiger.[49]) Infolgedessen ist jede andere Eventualität ausgeschlossen; es gibt keine gesetzliche Solidarität minderen Rechtes.

Die Frage, ob das bürgerliche Gesetzbuch die Obligationeneinheit oder -Mehrheit vertrete, ist hiernach für uns ohne grosse Bedeutung. Indessen soll doch auch hierauf mit einigen Worten eingegangen werden.

Schott nimmt die Einheit der Gesamtobligation an.[50]) Die gemeinrechtliche Korrealobligation beruhte auf der Einheit;[51]) an diesem Zustand hat das B. Gb., wie eine „allgemeine Betrachtung" ergibt, nichts geändert. Die Wirkung der Erfüllung verträgt sich mit der Einheit; die Wirkungen der Konfusion, der Teilcession und die Gewährung des Regresses stehen ihr nicht entgegen. Die Redaktoren waren zwar Gegner der Einheitstheorie, haben aber jede äussere Parteinahme für die eine oder andere Theorie abgelehnt; wir haben uns daher an den Wortlaut des B. Gb. zu halten und aus diesem lässt sich kein Argument gegen die Einheit entnehmen.[52])

Ja, wenn es damit gethan wäre! Aber es handelt sich darum, Argumente für die Einheit beizubringen, und deren vermögen wir trotz allem Fleisse keine zu entdecken. Schon der Ausgangspunkt Schotts, die Konstruktion der gemeinrechtlichen Korrealobligation ist unrichtig; aus falschen Prämissen pflegt man keine richtigen Schlüsse zu ziehen. Gehen wir aber positiv vor, so müssen wir, um die Frage zu beantworten, ob das B. Gb. für die Einheitstheorie überhaupt Raum lässt, ob das Gesamtschuldverhältnis eine Obligation sein kann, zunächst feststellen, was der Begriff der Obligation nach unserem B. Gb. ist. Die Antwort gibt § 241: ein Schuldverhältnis liegt vor, wenn der Gläubiger von dem Schuldner eine Leistung fordern kann. Der Begriff unseres Schuldverhältnisses ist also von dem der römischen

---

[49]) § 2151 ff. (Alternatives Vermächtnis). Die testamentarische Gesamtschuld kennt das B. Gb. nicht (§ 2148).

[50]) S. 76 ff.

[51]) Wie dies Schott begründet, mag man selbst nachlesen. Es ist die alte Irrlehre, dass eine Obligation „an sich" möglich sei, indem man vom Gläubiger oder Schuldner abstrahiere. Wir haben schon öfters darauf hingewiesen, dass wohl die Abstraktion der Obligation von dem konkreten Gläubiger und Schuldner, nicht aber von Gläubiger und Schuldner „an sich" möglich ist.

[52]) Schott S. 78.

Obligation nicht verschieden; so oft ein Schuldner einem Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet ist, besteht eine Obligation, und wir haben infolgedessen im Gesamtschuldverhältnis mehrere Obligationen.

Dabei wollen wir jedoch nicht in Abrede stellen, dass in einem höheren Sinn ein einheitliches Rechtsverhältnis vorliegt. Denn die einzelnen hier in Betracht kommenden Obligationen unterscheiden sich von anderen Schuldverhältnissen dadurch, dass sie verbunden sind zu gemeinsamem Zweck und um deswillen zu gemeinsamen Schicksalen. Es ist die Identität, die Einmaligkeit der Leistung, welche die verschiedenen Obligationen zusammenschliesst zu einer Gesamtheit, wenn diese auch nicht selbst als Obligation bezeichnet werden kann. Diese Auffassung ist in ihrer Urwüchsigkeit berechtigt; sie liegt auch dem bürgerlichen Gesetzbuch zu Grunde, wenn es trotz der Mehrheit der Subjekte von einem Schuldverhältnis spricht.[53])

Aber juristische Konsequenzen ergeben sich aus dieser Einheit nicht. Insbesondere folgt aus ihr keine von ihr grundsätzlich verschiedene Mehrheit; diese Einheit ist in allen Fällen von Gesamtschuldverhältnissen in gleicher Weise vorhanden, wie sie auch im römischen Recht schon bei den Solidarobligationen vorhanden war: Einheit des Zwecks, Einheit der Erfüllung. Cum una sit obligatio, una et summa est. Diese Einheit hebt auch die Mehrheit der Obligationen nicht auf, sondern setzt sie geradezu voraus.

Infolgedessen können wir es uns ersparen, auf die einzelnen Rechtssätze einzugehen, die Schott aus der von ihm behaupteten Obligationeneinheit ableitet. Nur folgende Bemerkungen seien gestattet.

Es ist natürlich eine ganz oberflächliche Methode, überall da eine Stütze der Einheitstheorie zu erblicken, wo ein Ereignis über die Person des zunächst betroffenen Schuldners oder Gläubigers hinauswirkt.

Dahin gehört vor allem die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines von mehreren Gesamtgläubigern.

Nach dem ersten Entwurf[54]) war diese Vereinigung für die übrigen Gläubiger ebenso bedeutungslos, wie nach der communis opinio des gemeinen Rechts. Man hat dagegen Einwendungen aus praktischen Gründen erhoben,[55]) die hier keiner Beurteilung

[53]) Vgl. die §§ 423, 425, Stammler S. 247 f. [54]) § 333.

[55]) Westrum, Gutachten aus dem Anwaltstand S. 248 ff.; Gierke, Beiträge XVIII S. 78.



unterzogen werden sollen; es genügt die Bemerkung, dass die Vorstellung von der Einheit des Schuldverhältnisses dabei keine Rolle gespielt hat. Wenn jetzt der § 429 Abs. II auf Grund der erhobenen Bedenken die aktive Gesamtobligation durch die Konfusion untergehen lässt, so ist dies infolgedessen für den Begriff des Gesamtschuldverhältnisses gleichgültig. Die einzige Frage ist, ob das Wesen der Konfusion diesen Satz rechtfertigen kann. Und wenn es richtig ist, dass der Untergang der Forderung durch Konfusion auf dem Gesichtspunkt der Zahlung an sich selbst beruht,[56]) so wird man die Vorschrift des § 429 Abs. II als richtige Folgerung aus diesem Gedanken annehmen müssen. Es ist dieser Gesichtspunkt jedoch mindestens sehr problematisch;[57]) das Richtige ist wohl, dass durch die confusio eine Obligation deshalb untergeht, weil ihre begrifflichen Elemente untergegangen sind.[58]) Aber sei dem wie ihm wolle: Wenn dem Gesetzgeber jene Konfusionstheorie vorgeschwebt hat, so erhebt sich die Frage, warum denn die Konfusion bei dem passiven Gesamtschuldverhältnis ihre Wirkung auf den Schuldner beschränkt, in dessen Person sie eingetreten ist?[59])

Man nimmt hier zwar an, dass diese Beschränkung auf die Person des Betroffenen nicht vollständig ist, weil infolge des Regresses der Gläubiger den Anteil, welcher auf den von ihm beerbten Schuldner entfallen würde, an seiner Forderung gegen die anderen Schuldner kürzen muss.[60]) Aber die gleiche Konsequenz würde sich infolge des Anspruchs auf Ausgleichung für die Gläubigermehrheit ergeben haben. Es ist nicht einzusehen, warum die Ausgleichung, welche die Frage nach der Wirkung der Konfusion im einen Fall nahezu bedeutungslos macht, dies nicht auch im anderen Fall thun könnte.

Hat der Gläubiger einen Schuldner beerbt, so bleibt sein Forderungsrecht gegen die anderen Schuldner bestehen; folglich ist die Konfusion nicht Zahlung. Die beiden Paragraphen sind mit einander in unlösbarem Widerspruch, wenn er auch praktisch nicht zur Geltung kommt.[61]) Denn der Regress führt im einen wie

---

[56]) Westrum a. a. O.

[57]) Vgl. Fitting, Korrealobligationen S. 105 ff.; Windscheid II § 352; Dernburg II § 67; Stammler S. 259; Endemann, Einführung in das Studium des B. Gb. II § 149 Z. 2.

[58]) Fitting a. a. O. und die herrschende Lehre. [59]) § 425 Abs. II.

[60]) Henle-Fischer, B. Gb. S. 183 N. 7; Endemann S. 665 N. 7.

[61]) Den Widerspruch konstatieren: Endemann a. a. O. S. 665 (§ 149),

im anderen Fall zur Ausgleichung; er bewirkt, dass bei der Gesamtschuld der Gläubiger nur einen Teil dessen erhält, was er zu fordern hatte, bei der Gesamtforderung der Schuldner nur einen Teil dessen behält, was er infolge der Konfusion nicht mehr zu leisten brauchte, nur mit der Massgabe, dass das Rechtsmittel, mit dem die Leistung eingeklagt wird, nicht mehr die Klage auf Leistung, die Klage gegen den Schuldner, sondern die Klage gegen den Mitgläubiger oder Mitschuldner, die actio pro socio ist.

Wie verhält sich dies aber in den wenigen Fällen, in denen kein Regress besteht?[62]) Die Gesamtschuld bleibt trotz der Konfusion bestehen, die Gesamtforderung geht infolge derselben unter. Der Gläubiger kann also den vollen Betrag seiner Forderung gegen seine früheren Mitschuldner geltend machen, weil ja auch vor der Konfusion jeder Schuldner dieser Möglichkeit ausgesetzt war. Anders bei der Gesamtforderung: der Schuldner braucht überhaupt nicht zu leisten, obwohl er ohne die Konfusion der Möglichkeit ausgesetzt sein würde, an einen anderen Gläubiger als an den, in dessen Person die Konfusion eintrat, leisten zu müssen, oder besser gesagt: der Gläubiger, der möglicherweise alles bekommen hätte, erhält nichts.

Dieser m. E. nicht zu beseitigende Zwiespalt erklärt sich daraus, dass der die Änderung herbeiführende Kritiker des ersten Entwurfs nur einen Fall im Auge gehabt hat; den, dass einer der Gläubiger den gemeinsamen Schuldner beerbt. Hier hat der Gedanke einige Berechtigung, dass der Gläubiger in der Konfusion seinen Mitgläubigern zuvorgekommen ist und dass er, wenn er auch keinen Vorteil hat, doch auch aus der Beerbung des Schuldners keinen Nachteil haben soll. Wenn dagegen der Schuldner einen seiner Gläubiger beerbt, so kann dieser Gesichtspunkt offenbar nicht zutreffen;[63]) hier hätte das Prinzip gelten müssen, dass der Schuldner aus der Konfusion keinen Nachteil, aber auch keinen Vorteil haben soll und dass ebenso wenig wie die Schuldner die Gläubiger einen Nachteil durch die Konfusion erleiden sollen. Dem gegenüber scheint mir die Bemerkung unbehilflich, dass dem Schuldner durch die Konfusion nicht das Recht genommen werden soll, nach seinem Belieben an einen der

Planck, Kommentar zum B. Gb. zu § 429 Bem. 5 S. 221, ohne sich mit ihm näher zu beschäftigen.

[62]) § 430, §§ 840 Abs. III, 1833 Abs. II.

[63]) Dies gilt auch gegen Stammler S. 260.

Gläubiger zu leisten.[64]) Dies würde voraussetzen, dass bei der Konfusion der Gesichtspunkt der Zahlung an sich selbst begründet wäre, und dieser Ansicht steht die Regelung entgegen, welche die Konfusion bei der passiven Solidarschuld durch das b. Gb. gefunden hat.

Ebensowenig wie die Wirkung der Konfusion beruht die des Zahlungsangebots auf der Einheit oder Mehrheit der Obligationen. Der Verzug des einen Gesamtgläubigers wirkt auch gegen den anderen,[65]) während dies bei der Schuldnermehrheit in der Regel nicht der Fall ist.[66]) Hier entscheidet die einfache praktische Erwägung, dass jeder Schuldner nach § 428 an jeden Gläubiger zu leisten befugt ist und deshalb berechtigt sein muss, von der günstigeren Position, in welche er sich dadurch versetzt hat, allen Gläubigern gegenüber Gebrauch zu machen.[67]) Dies beruht auf der Wirkung des Verzugs im allgemeinen, welche darin besteht, dass die Haftung des Schuldners eine wesentliche Erleichterung erfährt;[68]) es würde das Gesamtschuldverhältnis die dem Schuldner günstige Wirkung des Annahmeverzugs illusorisch machen, wenn der Verzug eines Gesamtgläubigers keine Gesamtwirkung hätte.

Diese einzelnen Rechtssätze beruhen also nicht auf dem Begriff des Gesamtschuldverhältnisses, sondern sie sind Zweckmässigkeitsnormen, welche dem Begriff teils nicht widersprechen, aber auch nicht mit ihm zusammenhängen, teils geradezu in Widerspruch mit dem Wesen des Gesamtschuldverhältnisses stehen. Solche Ausnahmen von der Regel, solches ius contra rationem iuris findet sich überall, und man darf am wenigsten dann, wenn die Gründe einer Ausnahmebestimmung dieselbe unzweideutig als Zweckbestimmung bezeichnen, versuchen, sie mit dem Begriff des Verhältnisses unter einen Hut zu bringen, namentlich dann nicht, wenn dieser Hut so problematisch ist, wie die Einheit der Gesamtobligation.

Wir haben uns noch näher zu beschäftigen mit der Ausgleichspflicht der Gesamtgläubiger und Gesamtschuldner und mit der Cession einer Gesamtobligation.

Wie wir gesehen haben, war der Regress den Gesamtschuldverhältnissen des römischen Rechts ursprünglich fremd. Nur in einigen Fällen wurde ein gesetzlicher Regressanspruch anerkannt

---

[64]) Planck, Bem. 5 zu § 429. [65]) § 429 Abs. I. [66]) § 425 Abs. II.
[67]) Protokolle der II. Kommission II S. 890 f. [68]) § 300 ff.

und erst als Schlussstein der Entwickelung, als dieselbe fremden Einflüssen unterlag, ist die allgemeine Regressberechtigung der Korrealschuldner zu betrachten. Aus dem Begriff der römischen Stipulationskorrealität war der Regress nicht zu entwickeln; da es dieser an einem Innenverhältnisse überhaupt gebrach, so war eine Ausgleichung, die ein solches stets voraussetzt, nicht möglich. Wenn trotzdem in einzelnen Fällen der Regress anerkannt wurde, so beruhte dies nicht auf logischer Konsequenz, sondern auf Billigkeitsgründen und fand in der Billigkeit seine Grenze. Daher der Regress bei den Solidarobligationen, die auf gemeinsamem Verschulden beruhen; der dolus setzt diesem Regress seine Grenze; daher auch kein Regress bei den duo rei promittendi: es entspricht dem strengen Recht, dass jeder das leiste, was er versprochen hat, ohne dass er durch seine Leistung einen anderen sich verpflichtet.

Wenn im Gegensatz zu dieser Sachlage unser bürgerliches Recht im Anschluss an die modernen Kodifikationen den Regress bei allen Solidarobligationen gewährt „sofern nichts anderes bestimmt ist“, so hat damit die Gesamtobligation eine wesentlich neue Gestalt erhalten. Die Regressklage ist im römischen Recht immer eine actio utilis; der Regress beruht auf einer Succession in das Recht des Gläubigers; von einem Innenverhältnis unter den Schuldnern ist keine Rede. Hier dagegen begründet das Gesamtschuldverhältnis auf der Gläubiger- wie auf der Schuldnerseite eine Gemeinschaft, die zur Auseinandersetzung führt; die Regressklage ist keine actio utilis, sondern eine direkte und ursprüngliche Klage. Dem steht zwar anscheinend die Fassung des § 426 Abs. II entgegen:[69]) „Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über.“ Aber zweifellos soll damit — wie wir es auch eben bei Betrachtung des Schweizer Rechts gesehen haben — nur die Art und der Umfang des Ersatzanspruchs bezeichnet werden; andernfalls würde dieser Satz eine contradictio in adiecto enthalten, da in demselben mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen ist, dass ein gesetzlicher Anspruch in Frage steht.[70])

---

[69]) Vgl. Stammler S. 251 oben.

[70]) Dafür spricht auch § 426 Abs. II S. 2. — Planck, Kommentar Bem. 3 zu § 426 nimmt einen doppelten Regress an: „Diesen Anspruch kann er nicht nur auf Grund der die Übrigen obligierenden Ausgleichungspflicht, sondern kraft des auf ihn übergegangenen Forderungsrechts geltend machen“.

Damit stellt sich das B. Gb. auf einen ganz anderen Standpunkt als das römische Recht. Für das Letztere ist die Ausgleichung zufällige Accession; für das Erstere ist sie wesentlich. Der einzelne Schuldner verpflichtet sich nicht mehr unabhängig von dem anderen, sondern er weiss, dass er ein besonders geartetes Gemeinschaftsverhältnis eingeht, dass ihm aus seinen Pflichten auch Rechte erwachsen. Ebenso weiss der Gesamtgläubiger, dass es für ihn gleichgültig ist, seinen Mitgläubigern zuvorzukommen, die Forderung auf sich zu konzentrieren, weil er doch schliesslich mit denselben teilen muss. Im Gegensatz zu der individualistischen Struktur der römischen Korrealität, die durch die Strenge des Stipulationsrechts bedingt war, ist unser modernes Gesamtschuldverhältnis sozial geartet. Und so sehr wir die Füreinanderhaftungstheorien von Brinz, Waldner und Anderen für das römische Recht ablehnen zu müssen glaubten, so sehr scheint sie uns die einzig mögliche Theorie unseres Gesamtschuldverhältnisses zu sein. Nicht als ob durch dieselbe die Solidarität zu erklären wäre; da die Solidarität, wie das römische Recht zeigt, ohne die gegenseitige Vertretung möglich ist, ist diese für die Solidarität entbehrlich und sogar unbehilflich. Aber die Solidarität ist nur eine Seite unserer Gesamtschuld; und für deren andere kommt die gegenseitige Vertretung, kommt das Füreinanderhaften und Handeln zur Geltung.

Die Zurückführung der Solidarität auf die Vertretung ist alt. Die griechische Korrealität beruhte auf dem Gedanken gegenseitiger Verbürgung und dieses hat seine Wirkungen auf das römische Recht geäussert, vielleicht gerade in Bezug auf den Regress; dieser Gedanke ist auch der unserem Recht versteckt zu Grunde liegende. Freilich ist er dem Gesetzgeber nicht ganz zu Bewusstsein gekommen, wie sich daraus ergibt, dass er versäumt hat, aus der Vertretung die richtigen Konsequenzen zu ziehen. Zahlt der Gesamtschuldner, so zahlt er für seinen Mitschuldner mit; kassiert der Gesamtgläubiger ein, so ist er den Mitgläubigern ihre Anteile zu erstatten schuldig; umsomehr kann er sie in Verzug setzen, umsomehr muss aber auch die dem einen Schuldner gewährte Stundung dem anderen zu gute kommen. Auch die Möglichkeit, die Forderung des Mitschuldners zur Aufrechnung zu benutzen, sollte durch den Regress beeinflusst sein; die Unterbrechung der Verjährung gegen den einen Schuldner musste konsequent gegen alle wirken, weil sie infolge des Regresses doch mittelbar auf diese einwirkt, und selbst die Haftung für

das Verschulden des Mitschuldners würde durch den Regress der schwersten Bedenken verlustig gehen.

Aber leider hat der Gesetzgeber aus dem Regress nicht die notwendigen Folgerungen gezogen. Die Thatsachen, welche nach unserem B. Gb. in rem wirken, sind nur Folgen der Solidarität, nicht der Schuld- oder Forderungsgemeinschaft. Dass die Praxis aus dem Regress die notwendigen Folgerungen entwickeln werde, ist auch nicht zu erwarten, da das Gesetz die einzelnen Rechtssätze zu fest normiert hat. Im Zweifel wirkt nur die Erfüllung befreiend, sagt § 425; die Praxis wird sich darüber nicht hinwegsetzen können.

Über die Cession einer Gesamtforderung hatte der erste Entwurf die Vorschrift gegeben, dass durch die Übertragung der Forderung von seiten eines Gesamtgläubigers die Rechte der Übrigen nicht berührt werden. Durch diese Vorschrift sollte nur die Annahme ausgeschlossen werden, dass durch die Abtretung der Forderung, weil in ihr eine Verfügung über die Substanz des Rechtes und eine Aneignung seines Wertes liege, die übrigen Gläubiger in gleicher Weise ihrer Rechte verlustig gingen, wie durch die Beitreibung der Leistung.[71]) Indessen hat die Kritik die Selbstverständlichkeit dieser Vorschrift betont;[72]) die Folge war die Streichung dieses Paragraphen.

Von der Cession einer Korrealschuld in der Richtung gegen einen der Schuldner hat dagegen auch der erste Entwurf nicht gehandelt. Man hat die Frage wohl deshalb nicht berührt, weil ihr im gemeinen Recht schon keine sonderliche Beachtung geschenkt worden war.[73]) Infolgedessen entsteht die Frage, ob die Cession einer Gesamtforderung von seiten eines Gesamtgläubigers oder die Cession der Forderung gegen einen Gesamtschuldner nach bürgerlichem Recht möglich ist, ohne dass die Mitgläubiger oder Mitschuldner davon berührt werden. Und wir sehen keinen Grund, die Möglichkeit einer solchen Cession zu bezweifeln. Zwar hat Schott das Gegenteil behauptet;[74]) aber ohne ausreichende Begründung. Es geht nicht an, in das Recht des B. Gb. die Einheitstheorie gegen die Meinung der Redaktoren und gegen alle Rechtssätze desselben hineinzutragen; es geht daher auch nicht an, aus der Einheitstheorie bestimmte Rechtssätze für das B. Gb.

---

[71]) Motive II S. 161.

[72]) Seuffert Beiträge S. 84 u. a. Vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen II S. 99 ff.

[73]) Vgl. oben S. 243 ff. [74]) S. 93 ff.

abzuleiten, und zwar umsoweniger, als auch für das römische Recht diese Folgerung ebensowenig nachgewiesen ist, als ihre Prämisse, die Einheit der Korrealobligation.

Auch daraus, dass, wie wir zugeben, die Cession des einen Gesamtschuldners praktisch zwecklos, ja bedenklich ist,[75]) ergibt sich für unsere Frage nicht das mindeste. Aus dem Verkauf der Forderung haftet der Cedent dem Cessionar nach Treu und Glauben;[76]) wie er einerseits verpflichtet ist, dem Cessionar die Geltendmachung seiner Rechte zu ermöglichen,[77]) muss er anderseits verhindert werden, sie ihm am Ende gar zu entziehen. In unserem Fall hat der Gläubiger nur einen Schuldner cediert, der Cessionar also nur einen Schuldner erworben. Erlangt er von diesem die Zahlung vor dem Cedenten, dann sind die beiden Forderungen untergegangen; kommt ihm dagegen der Cedent durch die Inanspruchnahme des anderen Schuldners zuvor, so liegt in Wahrheit eine Eviktion der Forderung vor, aus welcher der Cedent verhaftet wird.[78]) —

Wenn wir der Cession die Schuldübernahme gegenüberstellen, so kann bemerkt werden, dass das Gesetzbuch ebensowenig wie die Entwürfe die Wirkungen regelt, welche die Schuldübernahme auf das Gesamtverhältnis ausüben soll. Daraus ist im Zusammenhalt mit § 425 des B. Gb. zu folgern, dass die Übernahme der Schuld die übrigen Gesamtgläubiger und -Schuldner nicht berührt. In Bezug auf das passive Gesamtschuldverhältnis hat Seuffert darauf hingewiesen,[79]) dass die Schuldübernahme durch einen Zahlungsunfähigen eine Benachteiligung der Mitschuldner in Hinblick auf den Regress enthalte und deshalb vorgeschlagen, dass die Schuldübernahme bezw. ihre Genehmigung durch den Gläubiger die übrigen Gesamtschuldner befreie. Indessen hat die Kommission diesem sehr verständigen Vorschlag nicht Rechnung getragen. In Bezug auf das aktive Gesamtschuldverhältnis bestehen solche Bedenken nicht. Nur der Gläubiger, der die Schuldübernahme genehmigt hat, kann sich an den Übernehmer halten, aber auch nur an diesen; wir haben hier, wie im Fall der Cession eine Mehrheit von Gläubigern, eine Mehrheit von Schuldnern, die zwar keine Gesamtschuldner sind, die aber doch

---

[75]) Schott S. 93. [76]) B. Gb. § 242. [77]) § 402 eod.

[78]) Vgl. § 437. Ausserdem verstösst die Geltendmachung der Gesamtschuld durch den Cedenten gegen Treu und Glauben, so dass gegen ihn die Kaufklage zusteht.

[79]) Beiträge XI S. 54 f.

insofern den Gesamtschuldnern ähnlich sind, als die Leistung des einen Schuldners an seinen Gläubiger den anderen von dessen Gläubiger befreit. So viel von den einzelnen Rechtswirkungen. —

Das bürgerliche Gesetzbuch hat an dem Grundsatz des gemeinen Rechts festgehalten, dass Personen, welche gemeinschaftlich eine unerlaubte Handlung begangen haben, für den von ihnen verursachten Schaden solidarisch haften. In der Fassung, welche dieser Satz im ersten Entwurf erhalten hatte,[80]) war das nach gemeinem Recht unzweifelhaft geltende Erfordernis zum Ausdruck gekommen, dass jeder der mehreren Thäter den entstandenen Schaden verursacht haben müsse. Wenn dagegen der II. Entwurf und, mit ihm wörtlich übereinstimmend, das bürgerliche Gesetzbuch die solidarische Haftung eintreten lässt, wenn mehrere eine unerlaubte Handlung begangen und dadurch einen Schaden verursacht haben,[81]) so ist die Annahme nahegelegt, dass die mehreren gemeinschaftlich Handelnden zu einer Gesamtheit zusammengeschlossen sein sollen, von welcher jedes Mitglied ganz für das verantwortlich gemacht wird, was diese Gesamtheit durch ihr unerlaubtes Verhalten an Schaden angerichtet hat,[82]) m. a. W. dass auf die vom römischen Recht geforderten, vom gemeinen Recht festgehaltenen Voraussetzungen der culpa und des Kausalzusammenhanges verzichtet wird.

Indessen weist der zweite Satz des § 830 die Interpretation auf den richtigen Weg. Auch dann haften mehrere solidarisch wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat. Crome nimmt zwar an, dass dieser Satz geradezu eine Bestätigung der vorstehenden hypothetischen Auslegung des ersten Satzes des § 830 enthalte, weil er den Fall der blossen Beteiligung voraussetze, während einer allein den Schaden durch seine Handlung herbeigeführt habe.

Man wird sich dieser Argumentation nicht anschliessen dürfen. Um den § 830 richtig auszulegen, muss man davon ausgehen, dass das B. Gb. keine Änderung des bisherigen Rechtszustandes herbeiführen wollte.[83]) Ist dies richtig, so soll mit dem zweiten Satz des § 830 nicht ein Gegensatz zum ersten Satz aufgestellt werden, was die Art der Teilnahme an der unerlaubten Handlung betrifft, sondern nur ein Gegensatz in der

[80]) § 714. [81]) B. Gb. § 830.

[82]) Siehe Crome in Iherings Jahrbüchern Bd. XXXV S. 106.

[83]) Vgl. Motive II S. 738, Kommissionsprotokolle II S. 2789 ff.

Zurechnung des Erfolges. M. a. W.: die „Beteiligten“ im zweiten Satz sind keine anderen Personen als die „Mehreren, welche eine unerlaubte Handlung gemeinsam begangen haben“. Dann aber lässt sich aus dem Gegensatz des II. Satzes für den ersten die Folgerung ableiten, dass die solidarische Haftung regelmässig nur dann eintreten soll, wenn jeder Beteiligte den angerichteten Schaden verursacht hat und wenn der Erfolg seiner Willensschuld zugerechnet werden muss. Dies scheint sich mir auch aus dem Gebrauch des Wortes „Handlung“ zu ergeben.

Von dieser allgemeinen Regel enthält der zweite Satz des § 830 die Ausnahme, dass die solidarische Haftung auch dann eintritt, wenn zwar mehrere Personen gemeinsam gehandelt haben, aber nicht festgestellt werden kann, durch welche Handlung der Erfolg eingetreten ist. Ein Verzicht auf die Willensschuld ist damit nicht ausgesprochen; der Grundsatz: „Mitgefangen, mitgehangen“ liegt dem B. Gb. nicht unter. Dagegen ist im § 830 S. 2 allerdings ein Verzicht auf den Nachweis des Kausalzusammenhangs enthalten. Man wende nicht ein, dass die Zurechenbarkeit den Kausalzusammenhang voraussetze. Zugerechnet wird dem Thäter nicht der Erfolg, sondern die That; die Strafbarkeit des Versuchs ist der schlagendste Beweis dafür. Und dass die Solidarschuldner des § 830 S. 2 gemeinsam, wenn auch möglicherweise in verschiedenen Rollen, als Thäter oder Gehilfen, gehandelt haben müssen, das ergibt sich daraus, dass der § 830 den Fall der Ungewissheit darüber voraussetzt, durch wessen Handlung der Schaden verursacht wurde. So sehr wir Crome darin beistimmen, dass die „Beteiligung im Sinne einiger Strafgesetze“ [84]) auf die civilrechtliche Schadenersatzpflicht nicht angewendet werden kann, [85]) so wenig können wir daher finden, dass der § 830 über die Voraussetzungen und Beschränkungen des gemeinen Rechts hinausgeht. Der § 830 setzt also voraus, dass mehrere gehandelt haben, dass ein Schaden, und zwar möglicherweise von jedem Handelnden verursacht wurde, und dass in der Person jedes Handelnden auch ein Verschulden vorliegt.“ [86]) Es ist z. B. der § 830 S. 2 anwendbar, wenn bei einem Raufhandel mehrere auf einen Dritten losschlagen und der Tod des letzteren herbeigeführt wird, ohne dass sich nach-

---

[84]) Str. Gb. §§ 227, 367 Z. 10.

[85]) Crome a. a. O. S. 105.

[86]) Kommissionsprotokolle II S. 2779.

weisen liesse, wer den tödlichen Schlag geführt hat.[87]) Während das Strafgesetzbuch hier nur die Beteiligung an der Schlägerei im allgemeinen erfordert, ist für das bürgerliche Recht die weitere Voraussetzung zu machen, dass die mehreren Thäter sich an der Verletzung des konkreten Objekts beteiligt haben. —

Im Anschluss an das gemeine Recht und die Grundsätze des römischen Rechts über die unteilbaren Obligationen statuiert das B. Gb. im Fall einer Mehrheit von Schuldnern einer unteilbaren Leistung das nämliche Gesamtschuldverhältnis, wie in allen Fällen solidarischer Verpflichtung.[88]) Die Unteilbarkeit begründet keine Besonderheiten. Anders bei der Gläubigermehrheit. Wie im römischen Recht keine Solidarität entsteht, weil in der Regel die Leistung an einen Gläubiger die anderen nicht befriedigt und es an jedem anderen die Obligationen identifizierenden Momente fehlt, so hat auch das B. Gb. die solidarische Berechtigung abgelehnt, im Widerspruch mit der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts, aber in Übereinstimmung mit den Vorschriften der modernen Kodifikationen. Kein Gläubiger kann die ganze Leistung für sich in Anspruch nehmen, und der Schuldner wird nicht dadurch von seiner Leistungspflicht gegen den einen Gläubiger befreit, dass er die ganze Leistung dem anderen zuwendet.[89]) Anderseits ist die Vorschrift des preussischen allgemeinen Landrechts, nach welcher nur alle Gläubiger zusammen das Recht haben, die unteilbare Leistung zu fordern, bedenklich, weil sie den einzelnen Gläubiger wehrlos in die Hand seiner Mitgläubiger gibt. Mit gutem Vorbedacht ordnet daher das B. Gb. an, dass zwar jeder Gläubiger die ganze Leistung fordern darf, aber nicht an sich, sondern an alle Gläubiger zusammen. Das Institut der Streitverkündigung wird durch diesen Rechtssatz eine erhöhte Bedeutung erlangen. Wie die „Leistung an Alle" zu denken ist, ergibt der zweite Satz des § 432. —

Wir sind damit am Ziel unserer Abhandlung angelangt. Die Betrachtung der in unser Thema einschlagenden Vorschriften unseres B. Gb. hat zu der Erkenntnis geführt, dass dasselbe vieles Gute, aber auch manches Bedenkliche enthält. Der hauptsächlichste Vorwurf, der ihm gemacht werden muss, besteht darin, dass es, im bedauerlichen Gegensatz zum ersten Entwurf, nicht ein einheitliches, aus e i n e m Grundgedanken hervorgewachsenes Gesamtschuldverhältnis, sondern ein vielfach sich widersprechendes,

---

[87]) Vgl. l. 11 § 2; l. 52 § 2 D. de ad legem Aquiliam 9, 2.

[88]) B. Gb. § 431. [89]) B. Gb. § 432.

eine Grundidee vermissen lassendes Institut geschaffen hat. Für eines aber können wir dem Gesetzgeber dankbar sein: er hat die herrschende Lehre von der Unterscheidung zwischen Korrealität und blosser Solidarität nicht aufgenommen und dadurch unser Recht von einer grossen crux befreit. An der Praxis wird es nun sein, dies Geschenk zu würdigen und aus dem bürgerlichen Gesetzbuch ein Gesamtschuldrecht zu entwickeln, welches, frei von aprioristischen Hemmschuhen, den Bedürfnissen des täglichen Lebens Rechnung trägt.

Überblicken wir am Ende unseres Buches den Weg, den wir gegangen sind, die Ergebnisse, die wir gefunden haben, so sehen wir, dass das Gesamtschuldrecht im Grunde im Laufe der Jahrhunderte keine wesentlichen Veränderungen erfahren hat, sofern wir von der Gestaltung des Innenverhältnisses absehen. Der Angelpunkt jeden Rechtes ist die Solidarität; es fragt sich nur, wie dieselbe zu erreichen ist. Nur unvollkommen war das Ergebnis der ursprünglichen Gestaltung im römischen Recht: indem es den Sicherungszweck durch die Ganzhaftung zu erreichen suchte, schien es ihn wieder durch die Elektivhaftung in unerreichbare Ferne zu rücken: die Solidarität war Korrealität. Es bedeutet einen ungeheuren Fortschritt, dass das römische Recht am Schluss seiner Entwickelung die Fessel, welche ihm das „bis de eadem re ne sit actio“ der XII Tafeln angelegt hatte, abgestreift hat: im justinianischen Recht ist die Korrealität Solidarität geworden.

Würde diese Entwickelung rechtzeitig erkannt worden sein, so wäre unserem gemeinen Recht viel Zweifel und viel Unklarheit erspart worden.

Windscheid nennt den Zustand der heutigen gemeinrechtlichen Lehre einen „wenig erfreulichen“. Wir möchten ihn geradezu entsetzlich nennen, sowohl für den Gelehrten, welchen der Kampf der Meinungen mehr und mehr von der objektiven Betrachtung des blossen Quellenmaterials abzieht, als für die Praxis, die vergeblich in dem geschaffenen Chaos nach festen Stützpunkten sucht. Weder über einzelne Fragen, noch über die grundlegenden Gesichtspunkte hat sich die Theorie zu einigen vermocht, ist die Praxis zu einem brauchbaren usus modernus gelangt. Darin liegt das praktisch bedeutsamste Moment gegen die herrschende Lehre, gegen Ribbentrops Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen.

Die Schuld an dem geschaffenen Zustand der historischen

Forschung aufzubürden, wäre ungerecht. Es ist nicht die geschichtliche Rechtswissenschaft, welche den heutigen Wirrwarr von Theorien geschaffen hat, sondern die Methode, mit welcher sie betrieben wurde. Mehr wie ein anderer Forscher muss der Historiker sich ans Einzelne und ans Positive halten. Aber stärker, als man dachte, war der Einfluss, welchen das Naturrecht noch auf die Historiker äusserte, so sehr sie auch den Kampf gegen dasselbe auf ihre Fahne geschrieben hatten; umso stärker, je mehr man sich durch die geschichtliche Methode von der Vortrefflichkeit, von der inneren Harmonie des römischen Rechts überzeugte. Denn mit dieser Erkenntnis begann die Wissenschaft, einseitig der Erforschung der Vergangenheit zugewendet, die Vielgestaltigkeit des Lebens aus den Augen zu verlieren. Der praktische Blick ward dunkel. Was man „praktisches Bedürfnis", „Notwendigkeit des täglichen Lebens" nannte, war in Wirklichkeit oft naturrechtliche Aprioristik.

Erst die neuere Zeit hat mit ihren gesetzgeberischen Umwälzungen den Blick wieder auf reale Bahnen gelenkt. Wer beobachten kann, welche Erwägungen den Gesetzgeber bei seinen Schöpfungen leiten können, für den tritt der Zweck an die Stelle des Grundes; das Naturrecht bietet ihm keinen Gegenstand. Die praktischen Ideen, von denen unsere Gesetzgebung getragen ist, haben schon ihren Einfluss unverkennbar auf die historische Rechtsforschung und ihre Methode geäussert. Aus realer Betrachtung des Rechtslebens ist auch dieses Buch hervorgegangen, dessen Ergebnis wohl praktischer und glaublicher ist als die Unterscheidung von Korreal- und Solidarobligationen.

Quellenregister.

(Die Ziffern verweisen auf die Seiten und Anmerkungen. Ein * bezeichnet den Ort, wo eine Stelle abgedruckt ist.)

A) Vorjustinianische Quellen.

I. Cicero ad Atticum XVI, 15, 2 S. 131 A. 4.
II. Lex Acilia repetundarum c. 5 S. 373.
III. Emptio pueri a° 142 p. C. S. 155 N. 81.
IV. Gellius, noctes Atticae XI, 18, §§ 23 u. 24 S. 124 N. 30.
V. Vaticana fragmenta § 263 S. 229 N. 54.
VI. Pauli rec. sententiae I, 20 S. 339 N. 28. II, 17 § 16 S. 131 N. 4.
VII. Gai institutiones: II, 84 S. 329 N. 63.
III, 79 S. S. 223 N. 41.
„ 120 S. 139 N. 42.
„ 121 f. S. 286.
„ 123 S. 142.*
„ 169 S. 177 N. 28.
„ 170 S. 223 N. 41.
„ 176 S. 10 N. 33, S. 11 N. 34.
„ 180 S. 325.*
IV, 22 S. 286 N. 23.
„ 41 S. 257 N. 27.
„ 53 S. 339 N. 32.
„ 77 S. 126 N. 33.
„ 114 S. 400 N. 15.
„ 122 S. 303 N. 19.

B) Justinianische Quellen.

I. Institutionen.

Tit. Lib. II.

20 § 10 de legatis S. 71 N. 65.
§ 21 S. 245 N. 23.

Lib. III.

16 pr. de duobus reis constituendis S. 6 f., 7,* 13, 17, 431.
§ 1 S. 28, 34 N. 12, 36 N. 18, 408 N. 4.
§ 2 S. 132 N. 10, 144 N. 58.
19 § 2 de inut. stipul. S. 71 N. 65.
§ 3 S. 24 N. 59.
§ 21 S. 24 N. 59, 93 N. 63.

Tit.
19 § 22 S. 71 N. 65.
20 § 4 de fideiuss. S. 284 N. 14, 286 N. 20, 339 N. 30, 340 N. 35.
29 § 1 quib. mod. obl. toll. S. 173 N. 15, 177 N. 28.
§ 2 S. 182 N. 43.
§ 3 S. 12 N. 36, 16 N. 43.

Lib. IV.

6 § 11 de actionibus S. 203 N. 14.
§ 14 S. 71 N. 65.
8 § 5 de nox. actionibus S. 126 N. 31.
§ 6 S. 249 N. 35.

II. Digesten.

Lib. II.

Tit. lex.
1 9 de iurisdictione S. 363*.
4 22 § 1 de in ius vocando S. 210 N. 42.
8 2 § 5 qui satisdare cog. S. 210 N. 42.
3 S. 210 N. 42.
4 S. 210 N. 41.
9 1 § 1 si ex nox. causa S. 459.
2 pr. S. 460 N. 36.
10 1 § 4 de eo per quem fact. S. 29, 35, 313 N. 2, 369, 394.
11 10 si quis cautionibus S. 329 N. 64.
14 19 § 1 de pactis S. 123 N. 24.
20 S. 123 N. 24.
21 S. 123 N. 24.
21 § 5 S. 186.
22 S. 191.
23 S. 153 N. 78, 185 f.
24 S. 185 f.*
25 pr. S. 185 f.*
25 § 1 S. 190 f.*
25 § 2 S. 188.
26 S. 188.
27 S. 192 N. 25, 214, 225 f.,* 408.
32 S. 186.*
40 S. 191 N. 21.
57 § 1 S. 191 N. 21.
62 S. 189 N. 19.

Lib. III.

5 3 § 10 de neg. gest. S. 292 N. 41.
5 § 5 S. 24, 281 N. 8.
29 S. 280 N. 2.
30 S. 292 N. 41.
31 S. 292 N. 41.

Lib. IV.

2 14 § 15 quod metus causa S. 33 N. 9, 313 N. 2, 370.*
15 S. 313 N. 2, 370.*
3 15 § 3 de dolo malo S. 163 N. 13.
17 S. 377.*
17 pr. S. 33 N. 9.
19 S. 133 N. 16.
9 § 3 S. 462 N. 41.
Tit. lex.
4 3 § 4 de minoribus S. 238.
48 pr. S. 238.*
6 1 § 1 ex quib. caus. in integr. S. 374 N. 132.
26 §§ 4, 5 S. 374 N. 132.
8 2 de receptis S. 412 N. 22.
29 S. 199 N. 10, 411 N. 17.
34 pr. S. 188, 198,* 284 N. 14, 410, 434 N. 8.

Lib. V.

1 28 § 2 de iudiciis S. 204 N. 22.
30 S. 425 N. 63.
31 S. 455 N. 24.
34 S. 425 N. 63.
35 S. 426 N. 71.
2 6 § 1 de inoff. test. S. 254 N. 13.
12 § 3 S. 169 N. 1, 175.
3 25 §§ 15, 16 de hered. pet. S. 145 N. 59.
31 pr. S. 35 N. 14, 150 N. 71.

Lib. VIII.

1 8 § 1 de servitutibus S. 447 N. 11.
11 S. 447 N. 11.
17 S. 75 N. 6, 445.*
3 11 de serv. praed. rust. S. 447 N. 11, 12.
19 S. 445 N. 3, 448 N. 13.
22 S. 447 N. 11.
32 S. 447 N. 11.
4 5 communia praedior. S. 447 N. 11.
6 § 1 S. 447 N. 11.
6 § 2 S. 447 N. 12.
18 S. 447 N. 11, 12.
5 4 § 3 si serv. vindic. S. 76 N. 8, 254 N. 13, 447 N. 11, 455 N. 24 a.

Lib. IX.

1 1 § 14 si quadrupes S. 392.
2 11 § 1 ad legem Aquiliam S. 314.
11 § 2 S. 363 N. 100, 378.
27 § 11 S. 379.
37 S. 126 N. 30.
51 §§ 1, 2 S. 362, 379.
3 1 § 10 de his, qui effuderunt. S. 313 N. 2, 371.
2 S. 41 N. 29, 313 N. 2, 371.
3 S. 41 N. 29, 313 N. 2, 371.

Tit. lex.
3 4 S. 287 N. 27, 313 N.2 371.
5 S. 313 N. 2.
4 1 pr. de nox. action. S. 128 N. 37.
2 pr. S. 114, 128 N. 37.
2 § 1 S. 124 N. 30, 128 N. 37, 387 N. 161.
3 S. 125 N. 30, 128 N. 37.
4 §§ 2, 3 S. 126 N. 30, 128 N. 37, 314, 381,* 383.
5 pr. S. 128 N. 37, 314, 381, 384,* 387.
5 § 1 S. 127 N. 37, 388.*
8 S. 115 N. 109, 129 N. 40, 459 N. 35.
9 S. 113 f., 329, 382, 384,* 386 N. 159.
14 pr. S. 459.*
17 S. 113 f., 314, 381, 384,* 386 N. 161, 389.
19 S. 29, 36 N. 18.
26 § 3 S. 384, 390.
29 S. 128 N. 37.
37 S. 249 N. 35.

Lib. X.

2 4 pr. familiae ercisc. S. 103 N. 81a.
25 § 1 S. 103 N. 81 a.
25 § 9 S. 103 N. 81 a, 445.*
25 § 10 S. 77 N. 12, 289 f.,* 365, 446 N. 5.
25 § 12 S. 90 N. 59, 96 N. 69, 103 N. 81 a.
25 § 13 S. 103 N. 81 a.
44 S. 103 N. 81 a.
44 § 5 S. 92 N. 59.
44 § 8 S. 290.*
3 9 comm. div. S. 122 N. 17.
14 § 1 S. 293 N. 44.
19 § 2 S. 292 N. 41.

Lib. XI.

1 1 § 1 de interrog. in iure S. 392 N. 168.
7 S. 390 N. 163.
8 S. 382, 385.*
20 S. 382, 385.*
3 14 § 2 S. 384.*

Tit. lex.
6 3 pr. si mensor S. 33 N. 9, 313 N. 2, 346 N. 49, 372.*
7 14 § 12 de religiosis S. 292 N. 41.

Lib. XII.

1 9 § 2 de rebus creditis S. 158 N. 100.
32 S. 214 N. 15.
2 3 pr. de iureiurando S. 207 N. 31.
3 § 4 S. 203 N. 17.
5 § 2 S. 203 N. 14.
7 S. 204 N. 19, 208 N. 35. 427 N. 75.
8 S. 208 N. 35, 427 N. 75.
9 pr. S. 204 N. 19.
9 § 1 S. 203 N. 14.
9 § 3 S. 427 N. 75.
9 § 6 S. 427 N. 75.
13 § 2 S. 204 N. 18, 207 N. 33.
26 § 1 S. 123 N. 21.
26 § 2 S. 201,* 205 N. 24.
27 S. 153 N. 77, 200 N. 7.
28 pr. S. 202 N. 12, 408 N. 6, 427.*
28 § 1 S. 153 N. 77, 200,* 224 N. 43.
28 § 2 S. 153 N. 77, 209,* 427 N. 76.
28 § 3 S. 200.*
28 §§ 4—8 S. 204 N. 18, 207 N. 33.
28 § 10 S. 203 N. 14.
29 S. 203 N. 14.
30 S. 203 N. 14.
30 § 4 S. 207 N. 33.
34 § 6 S. 203 N. 15.
34 § 7 S. 207 N. 31.
36 S. 156 N. 91, 204 N. 18.
42 § 1 S. 153 N. 77, 202 N. 12.
42 § 2 S. 153 N. 77.
42 § 3 S. 209, 252.*
6 16 de condict indeb. S. 339 N. 29.
19 § 1 S. 35 N. 14.
26 § 12 S. 25 N. 59.
26 §§ 13, 14 S. 149 N. 71.
28 S. 327 N. 54.
35 S. 150 N. 71.
47 S. 35 N. 14, 138 N. 35, 146 N. 61.

Tit. lex.
6 60 S. 327 N. 54.
65 § 9 S. 35 N. 14.

Lib. XIII.

1 17 de condict. furt. S. 223 N. 41.
18 S. 444.*
4 2 § 6 de eo quod certo loco S. 139 N. 42.
5 1 § 5 de pec. constit. S. 157 N. 98, 415 N. 37.
3 § 2 S. 157 N. 98.
4, 5 S. 157 N. 98.
5 § 1 S. 415 N. 37.
5 § 2 S. 416.
7 § 1 S. 417.*
8—10 S. 413 ff.*
16 S. 23 N. 54.
18 § 3 S. 146 N. 64, 156,* 325 N. 46, 355, 402 N. 17, 414 N. 27.
19 S. 156 N. 91, 159 N. 105, 414.
21 § 2 S. 157 N. 98, 159 N. 101.
22 S. 414.
25 pr. S. 415.
28 S. 414 N. 27.
30 S. 416 N. 42.
6 3 § 3 commodati S. 79, 99.
6 S. 443.
7 S. 443.
5 § 15 S. 97,* 265 N. 3, 313 N. 2, 355, 424 N. 59.
17 § 2 S. 99.

Lib. XIV.

1 1 § 24 de exerc. act. S. 119,* 124 N. 27, 321.
1 § 25—l. 4 S. 129 N. 41, 130 N. 44.
4 pr. — § 2 S. 130 N. 44.
4 § 4 S. 120 N. 11.
5 § 1 S. 118 N. 6.
6 § 1 S. 130 N. 44.
3 13 § 1 de instit. act. S. 120 N. 12, 123 N. 22, 215.*
13 § 2 S. 129 N. 41, 130 N. 44.
14 S. 129 N. 41, 130 N. 44.
15 S. 120 N. 11.
4 7 § 5 de tributor. act. — l. 10 S. 120 N. 11.

Tit. lex.
5 7 quod cum eo, qui in aliena potestate S. 130 N. 45.

Lib. XV.

1 27 § 8 de peculio S. 129 N. 41, 129 N. 43.
30 § 5 S. 129 N. 43.
32 S. 129 N. 43, 329.
37 § 3 S. 129 N. 43.
44 S. 119.*
47 § 2 S. 118 N. 6.
47 § 3 S. 129 N. 43.
50 § 2 S. 327 N. 54.
51 S. 122 N. 17.
52 pr. § 1 S. 129 N. 43.
2 1 § 10 quando de peculio S. 120 N. 11.
3 10 pr. de in rem verso S. 281.
10 § 10 S. 281, 284 N. 14, 292 N. 41.
15 S. 414 N. 27.
4 5 § 1 quod iussu S. 129 N. 41, 130 N. 44.

Lib. XVI.

1 5 ad S. C. Velleian. S. 214 N. 15.
8 §§ 3, 5 S. 214 N. 12.
8 § 11 S. 214, 230 N. 56.
20 S. 215,* 229 N. 56.
2 5 de compensationibus S. 237 N. 9.
8 S. 327 N. 56.
9 § 1 S. 237 N. 9.
18 pr. S. 327 N. 56.
3 1 § 31 depositi S. 450 N. 18.
1 § 36 S. 448.*
1 § 43 S. 33 N. 9, 97 f.,* 265 N. 3, 313 N. 2, 333 N. 4, 487.
1 § 44 S. 450,* 461.
6 S. 461 N. 40.
7 § 1 S. 79.
9 S. 79, 100.
10 S. 100.
13 § 1 S. 104 N. 84.
14 pr. S. 449.*
17 pr. S. 450 N. 18, 461.
20 S. 100.
22 S. 79, 100.

Tit. lex.

Lib. XVII.

1 21 i. f. mandati S. 109 N. 91.
26 S. 214 N. 15.
26 § 2 S. 160 N. 1.
28 S. 146, 148,* 160 N. 2.
32 S. 160 N. 1.
47 S. 160 N. 1.
56 pr. S. 162 N. 6.
59 § 3 S. 109 N. 91, 351.*
60 § 2 S. 109 N. 92, 285 N. 19, 299.
2 71 pro socio S. 223 N. 41.

Lib. XVIII.

1 78 § 2 de contr. empt. S. 60 N. 32a.
4 21 de hered vel act. S. 5 N. 9.
5 8 de rescind. venditione S. 118 N. 6.

XIX.

1 13 § 9 locati conducti S. 23 N. 54.
47 pr. S. 23 N. 54, 59 N. 32a, 96 N. 71, 283 N. 14, 285 N. 19, 287, 331.
54 pr. S. 141 N. 52.
59 pr. S. 132 N. 9.
5 24 pr. de praescr. verb. S. 145 N. 60.

Lib. XX.

1 16 § 5 de pignoribus S. 254 N. 15.
4 4 qui potiores S. 233 N. 1.

Lib. XXI.

1 31 § 5 de aed. edicto S. 111 N. 98 u. 99.
31 § 6 S. 111 N. 100.
31 § 7 S. 111 N. 98.
31 § 8 S. 60 N. 32a,* 111 N. 99.
31 § 9 S. 111 N. 98.
31 § 10 S. 111 N. 98, 60 N. 32a.
31 §§ 17—19 S. 111 N. 100.
44 pr. S. 111 N. 101.
44 § 1 S. 59 N. 32a.*
2 12 de evictionibus S. 60 N. 32a.*
62 § 1 S. 110.
65 S. 283 N. 14.

Lib. XXII.

1 4 de usuris S. 18 N. 49.
4 § 1 S. 223 N. 41.

Tit lex.

1 24 § 1 S. 132 N. 9.
32 § 4 S. 120 N. 10, 132 N. 8, 266.*
3 19 de probationibus S. 207 N. 31.

Lib. XXIII.

3 29 de iure dotium S. 463,* 467.
48 § 1 S. 467 N. 64.
56 § 1 S. 64 N. 41.
59 pr. S. 465 N. 54, 469 N. 71.
60 § 2 S. 334, 338 N. 26.
60 § 3 S. 338 N. 26.
69 § 4 S. 67 N. 43.

Lib. XXIV.

1 5 § 1 de donat. int. vir. et ux. S. 169 N. 1, 177 N. 29, 230 N. 56.
3 2 § 2 soluto matrim. S. 480 N. 90.
22 § 1 S. 480 N. 90.
22 §§ 4, 11 S. 480 N. 90.

Lib. XXV.

2 21 § 1 de rer. amot. act. S. 125 N. 30.
5 2 § 1 si ventris.nom. S. 380 N. 148.

Lib. XXVI.

7 1 § 1 de admin. et periculo tutorum S. 336 N. 21.
3 § 2 S. 334,* 337 N. 23, 340.
7 § 1 S. 9 N. 27.*
7 § 4 S. 346.*
8 S. 346.*
9 § 8 S. 343.
14 S. 334 N. 11, 337 N. 24.
18 § 1 S. 313 N. 2, 333 N. 4, 349.*
19 S. 343.
31 S. 337 N. 24.
37 S. 336.
38 S. 285 N. 19, 295 f.,* 309 N. 34, 345.
39 § 11 S. 336 N. 21, 341*.
39 § 15 S. 345*.
41 S. 181 N. 41, 340*.
42 S. 284 N. 15, 313 N. 2, 350.
45 S. 179 f.,* 192, 284 N. 15, 285 N. 19, 296 f., 329 N. 64, 341, 345.
55 pr. S. 338.*

Tit. lex.

7 55 § 1 S. 342, 347.*
55 § 2 S. 342.*
55 § 4 S. 343.

Lib. XXVII.

3 1 § 10 de tut. et rat. distr. S. 285.
1 § 11 S. 285, 294, 335 N. 13.
1 § 12 S. 294.
1 § 13 S. 181 N. 40, 280 N. 2, 284 N. 17,* 294, 313 N. 2, 333 N. 3, 350,* 534 N. 43.
1 § 14 S. 115 N. 107, 280 N. 2, 284 N. 16, 313 N. 2, 534 N. 43.
15 S. 115 N. 107, 183 N. 47, 195 N. 36, 196 f., 347,* 534 N. 43.
18 S. 284 N. 15.
21 S. 147,* 181 N. 40, 284 N. 15, 333 N. 3, 350.
23 S. 346 N. 45.
6 7 § 4, l. 8 quod falso tutore S. 33 N. 9, 313 N. 2, 371.*
7 7 de fideiuss. tutor. S. 131 N. 4, 351.*
8 7 de magistr. conven. S. 298.*

Lib. XXX.

un. 8 § 1 de legatis I° S. 39 N. 22, 167, 331.*
16 § 1 S. 440 N. 22.
34 § 2 S. 42 N. 30, 440 N. 22.
34 § 3 S. 71 N. 65.
38 § 1 S. 250 N. 35.
33 S. 440 N. 22.
44 § 6 S. 247 N. 30.
50 § 1 S. 255.*
53 § 1 S. 440 N. 22.
53 § 2 S. 42, 440 N. 22.
69 § 2 S. 467 N. 64.
71 § 3 S. 141 N. 50.
72 S. 145 N. 59.
75 §§ 2, 3 S. 247 N. 30.
82 § 5 169 N. 1, S. 175,* 243 f.*
84 § 6 S. 463.*
104 pr. § 5 S. 440 N. 22.
105 S. 247 N. 30.

Tit. lex.

un. 108 § 4 S. 42,* 71 N. 65.
114 § 19 S. 440 N. 22.
122 S. 440 N. 22.

Lib. XXXI.

un. 13 pr. de legatis II° S. 244 f.,* 247 N. 31, 250 N. 36.
16 S. 40 N. 26.
49 § 4 S. 79, 290.*
50 S. 247 N. 30.
66 § 1 S. 42.*
66 § 5 S. 43 N. 32.
88 § 8 S. 247 N. 30.

Lib. XXXII.

un. 11 §§ 20, 21 de legatis III°. S. 469 f.*
11 § 23 S. 75 N. 6, 291 N. 36.
11 § 24 S. 291 N. 36.
21 § 1 S. 400 N. 13.
34 pr. S. 247 N. 30.
60 § 2 S. 343.

Lib. XXXIII.

1 21 § 2 de annuis legatis S. 214 N. 14.
21 § 3 S. 213 N. 10.
3 3 de servit. legata S. 447 N. 11, 12.

Lib. XXXIV.

3 3 § 3 de liberat. leg. S. 134 N. 20, 169 N. 1, 175,* 187.
3 § 5; 4 S. 471.*
5 §§ 2, 3 S. 120 N. 12, 123 N. 23.
7 § 1 S. 176 N. 28.
27 S. 118 N. 6.
29 S. 169 N. 1, 176,* 228 f., 284 N. 14.

Lib. XXXV.

1 71 § 3 de condicionib. S. 466 N. 58, S. 467.
2 62 ad leg. Falcid. S. 284 N. 14, S. 293 N. 44.
80 § 1 S. 75 N. 6.

Lib. XXXVII.

14 10 de iure patronatus S. 373 N. 131.

Lib. XXXVIII.

1 8 § 1 de operis libert. S. 25 N. 59.

Tit. lex.
1 9 § 1 S. 25 N. 59.
10 § 1 S. 25 N. 59.
11, 12 S. 25 N. 59.
44 S. 25 N. 59.
37 § 2 S. 214 N. 13.

Lib. XXXIX.

1 31 § 5 de op. novi nuntiat. S. 365 N. 107.
2 27, 40 § 3 de damno inf. S. 85 N. 35.
3 6 § 1 de aqua S. 79 ff.*
11 § 1 S. 79 ff.*
11 § 2 S. 79 ff.,* 365 N. 108.
11 § 3 S. 79 ff.,* 128 N. 37.
11 § 4 S. 79 ff.,* 446.*
5 19 § 4 de donation. S. 213 N. 10, 214.
6 18 § 2 de m. c. donat. S. 471 N. 77.

Lib. XLII.

1 9 pr. de re iudicata S. 254 N. 15.
63 S. 254 N. 12.

Lib. XLIII.

16 1 § 12 de vi et de vi armata S. 126 N. 30.
1 § 13 S. 313 N. 2, S. 372.*
24 1 § 1 quod vi aut clam S. 363 N. 101.
7 § 1 S. 365 N. 105.
11 § 6 S. 365 N. 105.
14 S. 365 N. 105.
15 § 2 S. 314, 358 ff.,* 497 N. 18, 20, S. 520 N. 61.
15 § 7 S. 365 N. 106.

Lib. XLIV.

1 7 § 1 de except. S. 251.*
15 S. 200 N. 4.
2 4 de except. rei iud. S. 320 N. 28.
5 S. 210 N. 42.*
11 § 7 S. 320.
9 S. 254 N. 15.
12—14 S. 398* f.
21 § 4 S. 124 N. 27, S. 132 N. 4, S. 321* 328.
4 2 § 1 de dolo malo S. 163 N. 13.
4 § 33 S. 163 N. 12.
5 1 § 3 quarum rerum actio non datur S. 200 N. 1.
7 1 § 8 de obl. et act. S. 137 N. 29, 142.*

Tit. lex.
7 14 S. 124 N. 29.
17 S. 43.*
18 S. 320 N. 27.
34 pr. S. 128 N. 39.
53 S. 128 N. 39.

Lib. XLV.

1 1 § 1 de verbor. obligat. S. 8 N. 18.
2 § 2 S. 75 N. 6, 291 N. 36, 446.*
3 § 1 S. 90 N. 52, 92 N. 57.
2 § 5 S. 89 N. 50, 96 N. 69.
4 § 1 S. 75 N. 6, 89, 90 N. 52, 92 N. 59.
18 S. 10 N. 33.
29 § 1 S. 71 N. 65.
38 pr. S. 24 N. 59, 95 N. 67, 93 N. 63.
38 §§ 1, 2 S. 24 N. 59.
49 pr. S. 120, 123 N. 25, 132 N. 9.
49 § 1 S. 93 N. 63.
49 § 2 S. 93 N. 63, 95 N. 65.
50 pr. S. 93 N. 63, 95 N. 66.
54 pr. S. 25 N. 59.
54 § 1 S. 449.*
56 § 7 S. 223 N. 41.
68 S. 142 N. 55.
72 pr. S. 79.
73 pr. S. 139 N. 42.
75 § 3 S. 64 N. 41.
75 § 6 S. 142 N. 55, 154 N. 81.
75 § 8 S. 64 N. 41.
83 pr. S. 93 N. 63.
85 S. 88 ff.
85 pr. S. 109 f.
85 § 2 S. 75 N. 6, 89 f.
85 § 3 S. 90 N. 52, 92 N. 59, 88 f.*
85 § 5 S. 109 f.
85 § 6 S. 110.
88 S. 132 N. 9, 133 N. 16.
91 § 4 S. 120 N. 11, 132 N. 9, 141 N. 52, 273 N. 33.
91 § 5 S. 120, 132 N. 9, 123 N. 26.
91 § 6 S. 18 N. 49, 233.
97 § 1 S. 142 N. 55.
115 S. 67 N. 43.
116 S. 313 N. 1, 335 N. 14, 338, 376.
126 § 2 S. 305 N. 23.
128 S. 64 N. 41.
131 S. 90 N. 52. 57.

Tit. lex.
1 137 S. 8 N. 18.
139 S. 109 f.
2 1 de duobus reis constituendis S. 304 N. 21.
2 S. 169 N. 1, 175,* 313 N. 1, 320 N. 26, 402,* 408 N. 5, 423 N. 59.
3 pr. S. 9, 15 f.*
3 § 1 S. 28,* 34 N. 12, 36 f., 150 N. 71, 167, 302, 408 N. 4; 442 N. 26.
4 S. 9 N. 23.
5 S. 24 f., 65 N. 41, 140 N. 48, 268.
6 pr. S. 9 N. 23.
6 § 2 S. 16 N. 45, 9 N. 23.
6 § 3 S. 8 N. 17, 9 N. 23, 65 N. 42, 132 N. 7.
7 S. 132 N. 10, 144 N. 58.
9 pr. S. 23 N. 54, 59 N. 32 a; 105, 183 N. 47, 331 N. 2, 366 f.,* 443 N. 28, 487.
9 § 1 S. 122, 132 N. 7, 186 f.* 272 f.,* 277.
9 § 2 S. 8.
10 S. 234;* 428.
11 pr. S. 301 f.,* 306, 310 N. 37.
11 § 1 S. 19,* 304 N. 22, 431.
11 § 2 S. 19,* 61 N. 32 a, 304 N. 22, 307, 422 N. 26.
12 S. 8.
13 S. 133 N. 15.
15 S. 63 f.,* 112, 117, 150 N. 71, 465 N. 55, 469 N. 71.
16 S. 313 N. 1, 325 f.,* 423 N. 59.
18 S. 7, 133 N. 17, 266,* 486, 505.
19 S. 239.*
3 7 § 1 de stipulat. servor. S. 240 N. 10, 249 N. 35.
8 S. 465 N. 54, 469 N. 71.
28 § 2 S. 9 N. 23.
29 S. 9,* 228 N. 51.
33 § 1 S. 227.*

Lib. XLVI.

1 4 § 1 de fideiuss. et mand. S. 138 N. 35 a.
5 S. 132 N. 7, 313 N. 1, 320, 323, 423 N. 59.

Tit. lex.
1 8 pr. S. 173 N. 15.
8 §§ 6, 7 S. 132 N. 11.
8 § 8 S. 155 N. 81 a, 159 N. 102.
8 § 12 S. 138 N. 35 a.
9 S. 155 N. 81.
10 S. 17 N. 48.
11 S. 120 N. 11.
13 S. 162 N. 110.
14 S. 133 N. 15.
17 S. 144.*
18 S. 214 N. 15.
21 § 3 S. 133 N. 13.
27 § 4 S. 136 N. 24, 155 N. 83.
28 S. 339 N. 28.
31 S. 146 N. 61.
36 S. 147.*
39 17 N. 48, S. 284 N. 14, 286 N. 20, 340 N. 35.
40 S. 142.*
43 S. 17 f.*
47 pr. S. 240 N. 8.
48 § 1 S. 17 N. 48.
49 § 1 S. 103 N. 81 a, 291 N. 39, 339 N. 30.
49 § 2 S. 139 N. 42.
51 S. 142.*
51 § 1 S. 138 N. 35 a, 145 N. 59, 167.
52 § 3 S. 109 N. 91, 261,* 352,* 356.
56 § 2 S. 141 N. 52.
58 § 1 S. 132 N. 9, 141 N. 52, 269,* 273 N. 33.
60 S. 145 N. 60, 146 N. 64, 326.*
61 S. 139 N. 42.
65 S. 24 N. 59, 155 N. 81.
66 S. 146 N. 63.
68 § 2 S. 153 N. 79.
69 S. 146 N. 63.
71 pr. S. 132 N. 12, 240 N. 9, 284 N. 14.
2 1 pr. de novat. et deleg. S. 11 N. 34, 222 N. 38.
2 S. 223 N. 41.
8 § 1 S. 223 N. 41.
8 § 2 S. 10 N. 32.
8 § 5 S. 9 f.,* 27 N. 65, 217 N. 25.
9 § 2 S. 223 N. 41.
11 pr. § 1 S. 229 N. 54.
14 S. 223 N. 41.

Tit. lex.
2 14 § 1 S. 240 N. 8.
17 S. 229 N. 54.
26 S. 18 N. 49.
28 S. 18 N. 49.
31 pr. S. 217.
31 § 1 S. 6 N. 13, 10 N. 31, 153 N. 76, 213 N. 10, 214, 216 f.,* 320 N. 27, 408 N. 4, 410, 423 N. 59, 437 N. 17, 465 N. 53.
32 S. 18 N. 49, 223 N. 41, 231 N. 57 a.
34 § 2 S. 11 N. 34, 223 N. 41.
3 5 § 1 de solutionibus S. 145 N. 59, 167.
14 § 1 S. 334.
16 S. 168.
24 S. 145 N. 59, 150 N. 71.
31 S. 140 N. 48, 143 N. 57.
34 § 1 S. 129 N. 40, 149 N. 71, 408 N. 4.
34 § 6 S. 480 N. 95.
34 § 10 S. 149 N. 71.
34 § 11 S. 149 N. 71, 187.*
37 S. 144 f.,* 167.
38 § 2 S. 35 N. 14.
38 § 5 S. 138 N. 35 a.
43 S. 145 N. 60.
54 S. 213 N. 11.
57 § 1 S. 424 N. 59.
59 S. 415 N. 37.
71 § 1 S. 149 N. 71.
76 S. 147.*
81 § 1 S. 450 N. 18.
84 S. 124 N. 27, 321 N. 31.
91 S. 153 N. 76.
93 pr. S. 133 N. 14, 324, 408.
93 § 1 S. 133 N. 14.
95 § 1 S. 133 N. 16.
95 § 10 S. 146, 147,* 161 N. 3, 163.*
107 S. 173 N. 19.
4 5 de acceptilatione S. 176 N. 28.
8 § 3 S. 176 N. 27.
8 § 4 S. 173 N. 15.
13 § 7 S. 151,* 179, 183.
13 § 9 S. 177 N. 29.
13 § 12 S. 408 N. 5.
16 pr. S. 35 N. 15, 152 N. 75,

Tit. lex.
169 N. 1, 175*, 177 N. 30, 182, 201 N. 8.
4 16 § 1 S. 151.*
18 § 1 S. 182 N. 43.
19 S. 152 N. 74, 183 N. 45.
6 4 § 3 rem pupilli salvam f. S. 336 N. 21, 341.
10 S. 132 N. 9.
12 S. 284 N. 15, 334 N. 12, 339 N. 28, 340.*
7 14 iudicatum solvi S. 150 N. 72, 167.
16 S. 150 N. 71.
8 1 ratam rem haberi S. 132 N. 4.
8 S. 327 N. 54.
14 S. 313 N. 1.

Lib. XLVII.

2 21 § 9 de furtis S. 380 N. 149.
33 S. 348 N. 52.
55 § 3 S. 376 N. 138.
65 S. 250 N. 35.
77 § 1 S. 375,* 380 N. 149.
4 1 § 19 si is qui testamento S. 380 N. 149.
7 7 § 4 arborum furtim caes. S. 124 N. 30.
10 17 § 7 de iniuriis S. 373 N. 129.
34 S. 380.*

Lib. XLVIII.

2 3 de accusationibus S. 373 N. 131.
11 § 2 S. 373 N. 129.
4 7 § 2 ad legem Juliam maiest S. 373 N. 131.
10 21 de lege Cornelia de falsis S. 5 N. 9.

Lib. XLIX.

1 10 § 4 de appellationibus S. 254 N. 13.
17 18 § 5 de castrensi peculio S. 119.*

Lib. L.

1 11 pr. ad municipalem S. 285 N. 19, 299.
8 3 § 1 de administrat. rer. S. 132 N. 9, 141 N. 52.
17 157 de R. J. S. 125 N. 30.
159 S. 399 N. 11.
167 § 1 S. 126 N. 30.

Tit. lex.
17 169 S. 126 N. 30.
173 § 2 S. 120 N. 10, 132 N. 8, 266.*
192 pr. S. 75 N. 6.

III. Codex.

Lib. II.

2 4 de in ius vocando S. 425 N. 63.
3 2 de pactis S. 477 N. 88.
4 1 de transactionibus S. 183 N. 47, 192 N. 22, 195 N. 36, 196 f.
18 3 de neg. gest. S. 292 N. 41.
55 5 de receptis S. 199 N. 9.

Lib. III.

1 12 § 1 de iudiciis S. 425 N. 63.
13 4 de iurisdictione S. 425 N. 63.

Lib. IV.

1 1 de rebus creditis S. 203 N. 14.
9 S. 207 N. 31.
5 5 de condict. indebiti S. 35 N. 14.
8 1 de cond. furtiva S. 313 N. 2, 374,* 380 N. 148.
26 7 quod cum eo qui in aliena est potestate S. 120 N. 11.
13 pr. S. 118 N. 6.
39 2 de her. vel act. vend. S. 477 N. 88.
6 S. 5 N. 9.
54 5 de pactis inter empt. et vend. S. 132 N. 9, 141 N. 52.
65 13 de locato S. 283 N. 14. 287, 434 N. 8.

Lib. V.

11 1 de dotis promissione S. 67 N. 43.
36 5 in quibus causis tut. S. 344.
37 8 de admin. tutorum S. 344.
38 1 de periculo tutorum S. 344.
51 6 arbitrium tutel. S. 284 N. 15, 344.
52 2 de divid. tutela S. 284 N. 15, 343, 346.*
2 § 3 S. 338.*
3 S. 285 N. 19, 344.
54 2 de heredibus tutorum S. 344.
58 2 de fideiussor. tutorum S. 284 N. 15, 313 N. 2, 333 N. 3, 350.
75 3 de magistratibus conv. S. 298.*

Tit. lex.

Lib. VI.

3 7 pr. de operis libertorum S. 141 N. 50

Lib. VII.

17 1 § 3 de adsertione toll. S. 425 N. 63.
40 3 de annali except. S. 242 N. 14.
43 7 quomodo et quando S. 110 N. 95.
68 2 si unus appellaverit S. 254 N. 13

Lib. VIII.

13 10 de pignoribus S. 110 N. 95.
39 1 de duobus reis S. 283 N. 14, 287, 311 N. 38.
4 (5) S. 9, 241, 423 N. 58.
40 11 pr. de fideiuss. et mandator. S. 284 N. 14, 340 N. 35.
23 S. 132 N. 4, 162 N. 5, 354.*
28 S. 33 N. 9, 155 N. 84, 167, 255, 313 N. 1, 329 N. 65, 331, 354, 403,* 424 N. 59.
41 8 de novationibus S. 10.
42 5 i. f. de solutionibus S. 150 N. 71*.

Lib. X.

32 49 de decurionibus S. 175 N. 22.

Lib. XI.

8 7 § 1 de murilegulis S. 175 N. 22.

IV. Novellen.

Nov. 4 S. 305, 310 N. 37, 509.
Nov. 99 S. 294 ff., 310 N. 37.

C. Basiliken.

XXVI, 3, 4 S. 283 N. 14.*
XXVI, 4, 31 S. 221.*
XXVI, 7, 8—10 S. 417 N. 44a, 422.*
XLIII, 3, 11 S. 304 N. 20.
XL 1, 27 S. 226.*

D. Moderne Quellen.

I. Codex Max. Bav. Civilis.

IV, I § 21 S. 484 N. 1, 485 N. 7.

II. Codex Max. Bav. Iudiciarius.

c. XIV § 11 S. 486 N. 17.
c. XV § 11 S. 486 N. 17.

III. Preussisches Allgem. Landrecht.

Teil I Tit. V § 424 S. 492 N. 16.
§ 435 S. 489 N. 4.
Tit. VI § 29 S. 493 N. 18.
§§ 424—425 S. 488 ff.
§ 438 S. 489 N. 6, 490.
Tit. XIII § 201 S. 489 N. 8.
§ 205 S. 490.
Tl. II Tit. VIII § 1983 S. 567 N. 99.
Tit. XI § 127 S. 493.
§ 128 S. 493.
§§ 129—144 S. 493.

IV. Österreich. B. Gb.

§ 210 S. 495 N. 4.
§ 280 S. 495 N. 4.
§ 550 S. 495 N. 4.
§§ 820, 821 S. 495 N. 5.
§ 890 S. 500.
§§ 890—896 S. 495 N. 1.
§ 891 S. 496, 502, 504.
§ 891—893 S. 503.
§ 1019 S. 501.
§ 1203 S. 501.
§ 1301 S. 497 f.
§ 1302 S. 495 N. 6, 497.
§ 1352 S. 495 N. 7.
§ 1357 S. 495 N. 7.
§ 1359 S. 495 N. 7.
§ 1447 S. 504.
§ 1473 S. 506.
§ 1494 S. 506 N. 60.
§ 1497 S. 506 N. 60.

V. Code civil.

Art. 395 S. 514.
Art. 396 S. 514.
Art. 1197 S. 511 N. 4, N. 9.
Art. 1198 S. 511 N. 4a, N. 5.
Art. 1199 S. 511 N. 5.
Art. 1200 S. 512 N. 16, 519 N. 58.
Art. 1201 S. 511 N. 4.
Art. 1202 S. 514 N. 30.
Art. 1203 S. 511 N. 4, 512 N. 15, 520.
Art. 1204 S. 512 N. 17.
Art. 1205 S. 512 N. 13.
Art. 1206 S. 512 N. 14, 518 N. 52, 55.
Art. 1207 S. 512 N. 14.
Art. 1208 S. 513 N. 25.
Art. 1209 S. 511 N. 4, 512 N. 12.
Art. 1210 S. 511 N. 4.
Art. 1210—1212 S. 512 N. 21.
Art. 1213 S. 511 N. 9.
Art. 1214 S. 511 N. 9, 512 N. 10.
Art. 1215 S. 512 N. 11.
Art. 1275 S. 515 N. 33.
Art. 1281 S. 512 N. 19.
Art. 1284 S. 512 N. 18.
Art. 1285 S. 511 N. 7, 512 N. 18.
Art. 1290 S. 513 N. 22.
Art. 1291 S. 513 N. 22.
Art. 1294 S. 513 N. 23.
Art. 1365 S. 511 N. 5, 6.
Art. 1382, 1383 S. 520 N. 61.
Art. 1384 S. 515 N. 34.
Art. 1442 S. 514, 518.
Art. 1734 S. 514.
Art. 1754 S. 518 N. 53.
Art. 2249 S. 512 N. 14.

VI. Code de commerce.

Art. 99 S. 515 N. 35.
Art. 118 S. 514.
Art. 140 S. 514, 518 N. 55.
Art. 157 S. 518 N. 55.
Art. 167 S. 518 N. 55.
Art. 168 S. 518 N. 55.
Art. 187 S. 514.
Art. 216 S. 515 N. 36.

VII. Code pénal.

Art. 55 S. 515, 518.

VIII. Code d'instruction criminelle.

Art. 637 S. 518 N. 52.

IX. Codice civile ital.

Art. 1184—1201 S. 525 N. 70.

X. B. Gesetzbuch für den Kanton Zürich v. 1854—1856.

§ 935 S. 525 N. 1.*

XI. Bundesgesetz für den Kanton Zürich v. 4. Sept. 1887.

§§ 423, 957 S. 526 N. 3.

XII. Schweizerisches Bundesgesetz über das Obligationenrecht v. 14. Juni 1881.

Art. 60 S. 526 N. 6, 527 N. 30, 530.
Art. 61 S. 527 N. 22.
Art. 62 S. 527 N. 21.
Art. 79 S. 526 N. 7.
Art. 162 S. 526.
Art. 165 S. 527 N. 26, 533.
Art. 166 I S. 527 N. 25.
Art. 166 II S. 527 N. 27, 528, 535*.
Art. 168 S. 527 N. 29, 529 N. 36.
Art. 168 II S. 532.
Art. 324 S. 526 N. 9.
Art. 401 S. 526 N. 8.
Art. 481 S. 526 N. 11.
Art. 486—488 S. 527 N. 23.
Art. 495 S. 526 N. 13.
Art. 496 S. 526 N. 12.
Art. 544 S. 526 N. 14.
Art. 559 S. 526 N. 10.
Art. 564 S. 526 N. 14.
Art. 599 ff. S. 526 N. 15.
Art. 623 S. 526 N. 16.
Art. 667 S. 526 N. 16.
Art. 673 ff. S. 526 N. 16.
Art. 689 S. 526 N. 17.
Art. 717 S. 527 N. 19.
Art. 767 S. 527 N. 20.
Art. 808 S. 527 N. 20.

XIII. Sächsisches B. Gb.

§ 432 S. 557 N. 71.
§ 1009 S. 536 N. 11.
§ 1019 S. 536 N. 6.
§§ 1020—1036 S. 536—537.

XIV. Wechselordnung.

Art. 49 S. 541.
Art. 80 S. 544 N. 28.
Art. 81 S. 541, 546 N. 30.
Art. 98 Z. 6 u. 10 S. 541.

XV. Allgem. Deutsch. Handelsgesetzb.

Art. 112 S. 549, 554 ff.
Art. 146 S. 551 f.
Art. 148 S. 551 ff.
Art. 257 S. 549.
Art. 269 S. 549.
Art. 269 II S. 550 N. 46.
Art. 280 S. 548 N. 37, 549.
Art. 281 S. 548 N. 39, 549.
Art. 173 S. 549.
Art. 204 S. 549.
Art. 241 S. 549.
Art. 247, 248 S. 549.

XVI. Handelsgesetzb. v. 10. Mai 1897.

§ 128 S. 549 N. 41a.
§ 788 ff. S. 566 N. 99.

XVII. Preuss. Gesetz über den Eigentumserwerb an Grundstücken v. 5. Mai 1872.

§ 41 S. 557 N. 71.

XVIII. Bayer. Hypothekengesetz.

§ 56 S. 557 ff.*

XIX. Unfallversicherungsgesetz v. 6. Juni. 1884.

§§ 95, 96 S. 565 N. 93.
§ 98 S. 565 N. 94.
§ 100 S. 566 N. 95.

XX. Civilprocessordnung von 1877.

§ 235 S. 578, 580 N. 38.
§ 293 S. 576 N. 24.
§ 686 S. 580.

XXI. Civilprocessordnung vom 17. Mai 1898.

§ 263 S. 578, 580 N. 38.
§ 767 S. 580 N. 40.

XXII. Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich v. 18. August 1896.

§ 42 S. 583 N. 48.
§ 53 S. 583 N. 48.
§ 241 S. 584.
§ 242 S. 592 N. 76.
§ 300 S. 588 N. 68.
§ 328 S. 557 N. 66.
§ 402 S. 592 N. 77.

§	S.
§ 416	S. 557 N. 71.
§ 421	S. 583.
§ 423	S. 585 N. 53.
§ 424	S. 571 N. 15.
§ 425	S. 571 ff., 585 N. 53.
§ 425 II	S. 586 N. 59
§ 426	S. 577 N. 30.
§ 426 II	S. 589 N. 70.
§ 427	S. 548 N. 37, 576.*
§ 428	S. 579 N. 34, 583.
§ 429 I	S. 588 N. 65.
§ 429 II	S. 586.
§ 430	S. 581 N. 41, 587 N. 62.
§ 431	S. 595 N. 88.
§ 432	S. 595 N. 89.
§ 437	S. 592 N. 78.
§ 769	S. 583 N. 48.
§ 830	S. 583 N. 48, S. 593 f.
§ 840	S. 583 N. 48, 587 N. 62.
§ 1108	S. 583 N. 48.
§ 1388	S. 583 N. 48.
§ 1833	S. 583 N. 48.
§ 1833 II	S. 587 N. 62.
§ 1915	S. 583 N. 48.
§ 2058	S. 583 N. 48.
§ 2148	S. 584 N. 49.
§ 2151	S. 584 N. 49.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a/S.



